RICCARDO CARDILLI

*Dalla regola romana dell'*usura pecuniae in fructu non est *agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*

Estratto da
«ROMA E AMERICA.
DIRITTO ROMANO COMUNE»
5/1998

MUCCHI EDITORE

INDICE

DIRITTO ROMANO COMUNE

PROCESSO CIVILE: RIMEDI ALTERNATIVI

RIVISTE GIURIDICHE LATINO AMERICANE: CONTRIBUTI, ANALISI E INFORMAZIONI

DALLA REGOLA ROMANA DELL'*USURA PECUNIAE IN FRUCTU NON EST* AGLI INTERESSI PECUNIARI COME FRUTTI CIVILI NEI MODERNI CODICI CIVILI

RICCARDO CARDILLI

Sommario: I. Considerazioni introduttive. – II. Dalla regola di Q. Mucio *pontifex* al *Corpus Iuris Civilis* dell'Imperatore Giustiniano: 1. D.50,16,121: *Usura pecuniae in fructu non est.* – 2. Il legato d'usufrutto del credito e il *senatusconsultum* sul cd. quasi-usufrutto (D.7,5,3). – 3. *Usura non natura, sed iure percipitur* (Papin.D.6,1,62 pr.). – 4. *Usurae vicem fructuum optinent* (Ulp. D.22,1,34). – 5. La compilazione giustinianea. – III. Dal *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano ai Codici moderni: 1. Le regole e i concetti tramandati dal *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano. – 2. I glossatori. – 3. I commentatori. – 4.Duaren, Cujas e Doneau. – 5. Il divieto dell'usura nel *ius canonicum*: alcuni richiami. – 6. Il giusnaturalismo. – 7. Dalla Scuola storica alla Pandettistica. – IV. Le grandi codificazioni europee : 1.Il Code Napoléon. – 2. Dal CMBC al BGB. – 3. Altri codici europei: il Código civil spagnolo e quello svizzero. – 4. Dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942: l'esperienza italiana. – V. I codici latinoamericani. – VI. Conclusioni.

I. *Considerazioni introduttive*

Nel sistema giuridico romanistico è maturata la metafora degli 'interessi' pecuniari come 'frutti civili'. Essa si pone come momento attualmente conclusivo di una riflessione che ha come punto di partenza la più rigorosa regola romana che nega alle *usurae* di essere *in fructu*. La scelta di ripercorrere questa storia, privilegiando peraltro la riflessione dogmatica della esperienza giuridica, vuole appunto cogliere i momenti significativi di questo passaggio, verificando resistenze, imprestiti e distinzioni che hanno portato all'attuale diritto codificato in materia.

II. *Dalla regola di Q.Mucio* pontifex *al* Corpus iuris civilis *dell'Imperatore Giustiniano*

1. *D.50,16,121:* Usura pecuniae in fructu non est

D.50,16,121 Pomp. *6 ad Q.Mucium*
*Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione**.

* D.50,16,121 Pomponio, *nel libro sesto A Quinto Mucio*
L'interesse del danaro, che percepiamo, non è *in fructu*, perché non viene ad esistere dal 'corpo' stesso, ma da un'altra causa, cioè da una nuova obbligazione.

Questo fr. ha rappresentato la regola cardine in materia di *usurae* fino al XIX secolo, in rapporto dialettico con Ulp. D.22,1,34 (*usurae vicem fructuum optinent*)[1]. Questa regola entra in crisi alla fine del XIX e inizio del XX secolo, all'interno di una concezione degli interessi del danaro come 'frutti' del capitale, perché essa non è suscettibile di una lettura coerente con quest'ultima concezione[2].

[1] La L.121 D.50,16 è la regola cardine in materia dagli *antecessores* bizantini, fino allo scorso secolo. Una esaustiva bibliografia a riguardo sarebbe impossibile. A titolo d'esempi: sch. Εναντιοφανοῦς a οἱ τόκοι τάξιν] B.23,3,34=D.22,1,34 HEIMBACH II, 712; SCHELTEMA B IV, 1679-1680; Gl. «*Usura.non est*» e «*alia causa*» a *l.Usura, ff. De verb. sign.* [D.50,16,121]; DONELLUS, *Commentariorum in selectos quosdam titulos digestorum volumen primum*, in *Opera omnia* , Maceratae, 1832, X, coll. 1380 ss., e in relazione a *fructus* col.1409; G. NOODT, *De foenore et usuris*, in *Opera omnia* I, Lugduni Batavorum 1735, liber 30, ca. VI, 244; F. GALLUS, *Tractatus de fructibus*, ed. Genevae 1692, 135 ss.; M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. Paris 1771, 62; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht nach gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1843, 8-9; H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* , Halle 1869, 46-49.

[2] A riguardo, fondamentale, F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 18472 [Aalen 1981], VI, 102 ss. e n.a-b; 140 ss.; cfr. altresì il disagio espresso dal L. VON PETRAZYČKI, *Die Lehre vom Einkommen, II. Einkommenersatz* , Berlin 1895, 177 ss.; in particolare 179 e 200 ss., in particolare 206 vd. infra. Per gli storici dell'economia D.50,16,121 dimostrerebbe «l'ignoranza del valore produttivo del danaro» che avrebbe impedito di cogliere il «nesso tra *sors* e *usura*» (H. VON SCHEEL, *I concetti economici fondamentali del* Corpus Juris Civilis, trad.it. in *Biblioteca di storia economica*, diretta da V. PARETO, I.2 Milano 1906, 730 sgg [= *Due saggi intorno ai concetti economici di valore nell'antichità classica*, in *Antiqua* 13, con nota introduttiva di G. MELILLO, Napoli 1981, 23 ss.], le parole riportate sono a 744 [=38]). Tale ignoranza sarebbe coerente con una concezione del danaro come semplice «mezzo di scambio» (C. NICOLET, *Il pensiero economico dei Romani*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. FIRPO, vol. I *L'antichità classica*, Torino 1982, 877 ss., in particolare 908-918; ID., *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athaeneum* 1984, 105 ss.; in parziale disaccordo col Nicolet, vd. E. LO CASCIO, *Teoria e politica monetaria a Roma tra III e IV sec. d.C.*, in *Società romana e impero tardoantico I. Istituzioni ceti e economie*, a cura di A. GIARDINA, Roma-Bari 1986, 535 ss. testo; 779 ss. note) ed espressione di una sua condanna morale come autonoma fonte di nuova ricchezza, in quanto *contra naturam* (G. TOZZI, *Economisti greci e romani*, Milano 1961, 452). Il '900 ha rappresentato sicuramente l'età 'critica' del frammento in esame, nel senso, cioè, che il suo significato storico e dogmatico viene fortemente sminuito dalla prospettiva dell'interprete di questo secolo. Al di là, infatti, del ribaltamento della regola realizzatosi nei codici e soprattutto nell'interpretazione su questi, dal punto di vista romanistico emerge la tendenza a rimuoverlo o a non valorizzarlo nella prospettiva, spesso inconsapevole, degli interessi come 'frutti' del capitale: cfr. ad es. C. FADDA, *Le* usurae quae officio judicis praestantur, in RISG.2 1886, 355; in RISG.3 1887, 24 [= ID., *Studi e questioni di diritto*, Napoli 1910, 229 ss.]; H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen*[11], 223; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1925, 590; M. BRETONE, *Frutti dir. rom.*, in *Noviss. Dig. It.* VII 1961, 666 e in rapporto a n. 25; e più di recente J.L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de fruitos*, in BIDR.99 1987, 450; R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS.105 1988 R.A., 527 non in relazione a D.50,16,121, ma a D.22,1,34; H. WAGNER, *Remarks on the History of Interest on Loans*, in *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*, a cura di M.J. PELÁEZ, Barcelona 1989, vol. X, 2815-2816. Meno condizionati, nella lettura del frammento, dalla concezione degli interessi come frutti del capitale, H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen BGB*, in *Iherings Jahrb.* 42 1901, 225-226; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht I. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Neudruck 1959 der Aufg. Halle 1907, 454-455; V. SCIALOJA, *La teoria della proprietà*, I 1928, 98-99; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà* 1, a cura di G. BONFANTE-G.

I 39 libri di commento di Pomponio ai diciotto libri *De iure civili* di Quinto Mucio Scevola il pontefice rispettano l'ordine dell'opera commentata[3]. Il sesto libro corrisponde all'incirca al secondo libro dell'opera muciana. Il fr. in esame è all'interno della parte dedicata ai legati ed in particolare *De usufructu legato*[4].

La terminologia usata nel passo è un primo indizio per la risalenza di esso a Q. Mucio. Porsi, infatti, il problema di dover stabilire cosa sia o meno *in fructu* per comprendere l'estensione ed il contenuto del *ius utendi fruendi* oggetto del legato, è coerente con il modo di concepire e formulare il problema alla fine della repubblica[5] e non con quello dell'età degli Antonini[6].

Riguardo al tipo di situazione a cui ci si riferiva, si deve pensare, più che ad un legato d'usufrutto del *nomen*[7] ad un legato d'usufrutto degli *omnia*

CRIFÒ, Milano 1966, 191; M. KASER, *Das römische Privatrecht* I, München 19712, 384; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti dir. rom.*, in ED.XVIII 1969, 197; C. RASCÓN, *Los intereses de la dote D.23,3,69,1*, in RIDA.23 1976, 214; F. BENEDEK, *Eigentumserwerb an Früchten im römischen Recht*, Pécs 1979 [Studia Iuridica Auct. Univ. Pecs Publ. 92], 4; ID., *Fruchterwerb des Eigentümers und das gutgläubigen Besitzers im römischen Recht*, in *Estudios Iglesias* I, Madrid 1988, 80-81; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in T.51, 1983, 229 e n. 29. Richiama soltanto il testo R. HERRERA BRAVO, Usurae. *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*, Universidad de Jaén 1997, 24. Sul fr. mi ero soffermato superficialmente in *Il* periculum *e le* usurae *nei giudizi di buona fede*, in *Usura ieri e oggi*, Atti del Convegno Foggia aprile 1995, a cura di S. TAFARO, Bari 1997, 13 ss.

[3] O. LENEL, *Das Sabinussystem*, Strassburg 1892,11 ss. [= in *Gesammelte Schriften*, hrsg. O. BEHRENDS - F. D'IPPOLITO, II 1892-1901, Napoli, 1 ss.]; F. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt I. Liberae rei publicae iuris consulti*, Lipsiae 1896, 62-64; S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio* ad Quintum Mucium, Palermo 1900, II, 123-124; G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV, 445 sgg, in particolare 447 [= *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, 15 ss., 17]; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 111-112; M. LAURIA, *Ius Romanum*, I, 1, Napoli 1963, 65; D. LIEBS, Variae lectiones. *Zwei Juristenschrift*, in *Studi Volterra* V, 51 ss., in particolare 72 ss. e 74 n.93. Ora per un sintetico quadro dei temi toccati dal *De iure civili* di Q. Mucio, vd. anche V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, Napoli 1993, 22-23 n. 21.

[4] Contra S. DI MARZO, *Saggi critici* cit., I 1899, 51-53; II cit., 121 che pensa a *De legatis indebite solutis*, senza peraltro un approfondimento di D.50,16,121 che viene semplicemente collegato a D.6,1,62 e D.22,1,34, pur riconoscendo che i libri IV e V del commento di Pomponio trattassero *De usufructo legato* e *De usu legato* e svalutando l'*inscriptio* di D.7,4,22, fr. escerpito sempre dal l. VI, relativo ad un legato d'*usus*.

[5] Vd. Cic., *De fin.*1,4,12 *...sitne in fructu habendus*; Giunio Bruto in D.7,1,68 pr. *neque ... in fructu ...esse potest*.

[6] Sull'approfondimento del rapporto tra *fructus* come *res corporalis* e usufrutto come *ius* e *res incorporalis* vd. Iul. 58 *Dig.* D.21,2,43; Cels. 18 *Dig.* D.7,1,2; Gai. II,14.

[7] In astratto, infatti, sebbene l'emanazione del SC. sul quasi-usufrutto modificherà la prospettiva da cui i giuristi guardano e danno rilevanza al legato d'*usufructus nominis*, ciò non implica che esso non si potesse porre all'attenzione della giurisprudenza prima del SC. stesso. In questi termini, il problema potrebbe assumere una certa importanza riguardo alla valutazione del legato di credito come legato della *res debita* in termini di *res corporalis*, vd. a riguardo B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto obbligatorio nel diritto romano*, Napoli 1964, 21 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* I, Padova 1964, 9 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 44, 1963-64, 627 ss. Se però, in concreto, si tiene conto che nel caso rilevante in D.50,16,121 la *res debita* è la *pecunia*, perde qualsiasi valore il collegamento col legato di credito, dato che una volta esatta la somma di danaro dovuta, non sarebbe stato possibile prima

bona, in relazione al quale si solleva la questione se le *usurae* percepite dalle somme di danaro del patrimonio ereditario date in prestito[8] siano acquistate dal legatario in base al suo diritto d'usufrutto sugli *omnia bona*[9].

Il problema dell'usufrutto del credito si interseca nelle fonti, senza confondervisi, con il problema della possibilità di estendere il legato di usufrutto negli *omnia bona* alla *pecunia in arca*, così come a tutte le *res quae usu consumuntur.* Quest'altro problema, in particolare, trova tra il 44 a.C. (Cic., *Top.*, 3, 17)[10] e al massimo l'età di Tiberio (Sabino D.7,5,5,1; Nerva *pater*, Proculo e Cassio, D.7,5,3 Ulp.18 *ad Sab.*) una soluzione attraverso un *senatusconsultum* (D.7,5,1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto induktum videtur, ut earum rerum quae usu tolluntur, possit usus fructus legari*)[11].

del SC. trasferirla al legatario come oggetto del suo diritto d'usufrutto, data la sua natura di cosa consumabile.

[8] Il punto merita un chiarimento. Il legato d'usufrutto *omnium bonorum* è sicuramente presente nella prassi ben prima del senatoconsulto sul cd. quasi usufrutto vd. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, Torino 1958², 425-426 in base a Cic., *Top.* 3,17; vd. altresì Cic., *Pro Caec.* 4,11, su cui G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto*, I, Padova , 1977, 67 ss.. Il problema, per come è impostato in D.50,16,121, non coinvolgerebbe l'usufrutto della *pecunia* come tale, ma la possibilità che l'usufruttuario acquisti gli interessi maturati sui crediti dell'eredità. Non coinvolge, invece, l'altro problema dei poteri del legatario dell'*usus fructus omnium bonorum* sulle cose consumabili prima del SC. sul cd. quasi-usufrutto. A questo riguardo, peraltro, la testimonianza di Cic. *Pro Caec.* 4,11, che parla di *frui una cum filio* rispetto alle *res in patrimonio* (su cui vd. ora J.W. TELLEGEN - O. TELLEGEN COUPERUS, *Joint Usufruct in Cicero's Pro Caecina*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property* Essays B.Nicholas, ed.by BIRKS, Oxford, 1989, 195 ss.) nulla ci dice rispetto alle cose consumabili presenti nel patrimonio ereditario, né tanto meno è rilevante per accertare un'eventuale facoltà dell'usufruttuario *omnium bonorum* di dare in prestito le somme di danaro comprese nell'eredità. In realtà, da come i giuristi classici descrivono gli effetti del *SC.* sul quasi usufrutto (*post quod omnium rerum usus fructus legari poterit*; D.7,5,3; *omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret usus fructus legari poterit*, D.7,5,1; vd. altresì D.33,2,1 e D.35,2,69), sembra che, prima del senatoconsulto: a) le cose consumabili, pur in astratto contenute nelle espressioni usate dal testatore come *omnia bona, omne quod meum est, omnes res quae in patrimonio sunt,* non venissero valutate dai *prudentes*, in sede interpretativa, come contenute nel legato d'usufrutto che peraltro veniva considerato valido ed efficace; b) i crediti ponessero una questione a sé, sebbene dopo il riconoscimento della possibilità di contenerli nella disposizione del senato, si impose anche ad essi il regime della *cautio*.

[9] Altra ipotesi propone il LENEL, *Palingenesia* II, col. 65 n. 3, che pensa ad un usufruttuario che, venduto ad altri l'esercizio del suo diritto d'usufrutto sulla cosa, percepisca degli 'interessi' sul prezzo pattuito in base alla regola applicata in materia di compravendita. Questa ipotesi interpretativa contraddice però la motivazione di D.50,16,121, in quanto le fonti giustificano le *usurae pretii* dovute dal compratore al venditore nel caso in cui, avvenuta la *traditio*, il primo non adempia simultaneamente al pagamento del prezzo, in termini di *usurae quae officio iudicis praestantur* e non di *usurae in obligatione* (Hermog.D.19,1,49). L' *officium iudicis* riequilibrerebbe secondo equità la sperequazione creatasi tra le parti *cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere* (Ulp. D.19,1,13,20) (e nei *iudicia bonae fidei* avrebbe, riguardo le *usurae* , la stessa forza costitutiva della *stipulatio*) *...et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis. quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio...* Pap. D.16,3,24). Cfr. sul problema dell' *usuras praestare* nella compravendita, C. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali nel diritto romano*, Milano 1969, 21 ss.; e più di recente, R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS.105 1988 R.A., 514 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in ED.XLVI 1993, 420 ss. In D.50,16,121, invece, sia si mantenga l'attuale tenore, sia si elimini il *nova*, l'autore ha presente *usurae* dovute in base ad una *obligatio*, ed in particolare, come vedremo, ad una obbligazione autonoma nata dalla *stipulatio usurarum.*

[10] Cic., *Top.* 3,17: *Ex contrario autem sic: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria.* Secondo dottrina consolidata, Cicerone, pur all'interno di un elenco di *topoi* retorici, tramanderebbe una preziosa notizia sull'inesistenza, per quest'epoca, dell'usufrutto di cose consumabili, come appunto il vino e l'olio contenuti nelle celle vinarie ed olearie; G. NOODT, *De usufructu libri duo*, in *Opera omnia* cit., I, 437-438; G.F. PUCHTA, *Über das Alter des* quasi-usufructus, in *Rh.Museum* 3 1829, 82 ss. [=*Kleine civilistischen Abhandlungen*, Leipzig 1851, XI, 214 ss.]. Contro questa tesi si è vigorosamente espresso il CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi Grosso* II, 119 ss.; ID., *L'*argumentum ex contrario *in Cicerone e Boezio, con particolare riferimento a Cicerone,* Top. 3,17, in *Hommages Renard*, I, 280 ss.; ID., *Studi sul quasi usufrutto I. Problemi di datazione*, cit., 119 ss. Premesso che lo spostamento all'età di Cesare del senatoconsulto di cui in D.7,5,1 non determinerebbe ai fini del discorso che svolgo in rapporto al *De iure civili* di Q. Mucio alcuna modificazione, mi sembra tuttavia che la tesi del Crifò non raccolga risultati sufficientemente solidi; vd. a riguardo le riserve di F. GALLO, in *Iura* 28, 1977, 234-237. In particolare, il tentativo di spostare l'oggetto del discorso svolto in *Top.* 3,17 dal contenuto delle *cellae* alle *cellae* stesse, come spazi adibiti ad una certa funzione economico-sociale (144-148), mi sembra non coerente col tenore della testimonianza e con lo stesso *topos* retorico *ex contrario* entro il quale si esplicita la ratio dell'*exemplum ex iure* (sulle fonti degli *exempla* utilizzati nei *Topica*, vd. ora una messa a punto dello *status quaestionis* in F. BONA, *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Q. Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Atti seminario Firenze maggio 1983, Milano, 1985, 254-259). Il legato d'usufrutto ha ad oggetto tutti i beni del marito (*usus fructus bonorum meorum*), quindi anche le celle vinarie ed olearie. Ma il *cellis vinariis et oleariis plenis relictis* del testo ciceroniano esprime la situazione di fatto che presuppone il problema giuridico da risolvere. L'argomento sul quale si fa forza è tecnico-giuridico e, per Cicerone, andrebbe ascritto nel topos retorico *ex contrario*. La moglie, infatti, usufruttuaria di tutti i beni del marito, lasciate da questi colme le celle vinarie e olearie, ritiene di poter acquistare al suo patrimonio i beni in esse contenute – cioè vino ed olio –, in quanto 'frutti'. L'*id ad se pertinere* è linguaggio tecnico ed esprime proprio questa convinzione della moglie; vd. puntualmente F. GALLO, *op. ult. cit.*, 236. La fonte giuridica a cui Cicerone attinge l'esempio, invece, nega che ciò le spetti a differenza del vino e dell'olio prodotti dalla moglie nell'esercizio del suo *ius* di *uti frui* sugli *omnia bona*. Quelli che riempiono le celle non possono essere da lei acquistati in proprietà, perché non sono stati da lei percepiti nell'esercizio del godimento espresso dall'*uti frui*, ma cose consumabili già prodotte al momento del *dies cedens*. Su di esse l'*uxor* ha solo un *uti*, cioè una facoltà di utilizzazione limitata ai bisogni personali (l'*abusus* non ha quindi nella fonte ciceroniana necessariamente il significato di uso che implica consumazione, ma quello di 'andare oltre l'uso ammesso', di *male uti*, come ha esattamente precisato il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, 185) e nessun *frui*, cioè nessuna facoltà di sfruttamento delle potenzialità di reddito di queste cose. Fondamentale a riguardo la stessa posizione di Sabino e Nerva in D.7,8,12,1 fondata sul *sed ad usum, scilicet non usque ad abusum* proprio in relazione a olio, frumento e *fruges*. In Ep. Ulp. XXIV,27: *Senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis*, invece, *abusus* ha proprio il significato di uso che implica consumazione. Al contrario per il CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto* cit. 142 ss., oggetto dell'*abusus* in Cic. *Top.* 3,17 sarebbero le celle come tali, che in quanto piene permetterebbero un loro uso soltanto previo svuotamento, a «grave danno» della «produzione» di vino e di olio che ivi si svolge.

[11] Vd. altresì D.7,5,2 pr.-1; *Ep. Ulp.* XXIV,27 vd. n.precedente; I.2,4,2. Sul problema del

L'intervento del senato[12], *utilitatis causa*, suggerisce l'impossibilità di raggiungere lo stesso risultato attraverso l'*interpretatio prudentium*, cioè lo strumento principale di elaborazione e sistemazione del *ius civile* in quest'epoca.

Questo SC. riconobbe la possibilità che tutte le cose (*omnes res*) contenute nel patrimonio (*in bonis; in patrimonio*) del testatore potessero essere oggetto del legato d'usufrutto (Ulp.18 *ad Sab.* D.7,5,1; Paul. 3 *ad Sab.* D.33,2,1; Pomp. 5 *ad Sab.* D.35,2,69). Per le cose consumabili, *in primis* il danaro[13], il cui *uti frui* ne implicava la consumazione, si impose la *cautio* per la restituzione del *tantundem*. Si realizza, così, in termini di rapporto di credito lo scopo economico dell'usufrutto per cose che non producono utilità per l'uomo attraverso il godimento senza perire materialmente (vino, olio, grano) o civilmente (danaro) (I.2,4,2)[14]. Non è un caso che a distanza di un secolo Gaio non vi veda a rigore un usufrutto e vi applichi un'estensione fittizia del regime giuridico in termini di *quasi usus fructus haberi*[15].

La regola espressa in D.50,16,121, però, parlando di *usura pecuniae* non attiene come tale ad un problema di usufrutto del danaro. Essa riflette una concezione che non vede nelle *usurae*, cioè negli interessi percepiti dalla *pecunia credita*, un 'frutto' di essa. Si tratta quindi di un problema attinente al-

cd. quasi-usufrutto cfr. G. RENARD, *Contribution à l'étude de l'autorité législative du sénat romain. Le sénatusconsulte sur le quasi-usufruit*, thèse, Paris-Nancy 1898, 17 ss.; M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in BIDR.19, 1907, 95 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano III. Diritti reali*, Milano 1971, a cura di G. BONFANTE - G. CRIFÒ, 109-111.; G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR.43, 1935, 238 ss.; ID., *Usufrutto*² cit., 411 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto uso abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, dir. da F. VASSALLI, IV t.5 1954, 577-580; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968; reprint 1984, 207-211; G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano* cit., 15 ss.; G. GILIBERTI, Legatum kalendarii. *Mutuo feneratizio e struttura contabile del patrimonio nell'età del Principato*, Napoli 1984, 60 ss.; H. ANKUM – M. VAN GESSEL DE ROO - E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks* in bonis alicuius esse / in bonis habere *in klassischen römischen Recht*, in ZSS.104, 1987 R.A., 269-272; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* 'iura in re aliena' *ed il dogma del numero chiuso*, Napoli 1992, 167 ss.; N. SCAPINI, *Usufrutto (dir. rom.)*, in ED. XLV 1992, 1099-1100.

[12] Ulteriore elemento della datazione non alta del senatoconsulto, data la crescita quantitativa dall'età postcesariana di tale fonte del diritto; vd. ad es., pur con sfumature diverse, lo stesso G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in BIDR. 71, 1968, 31 ss.; e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV,1, Napoli 1974², 563-567; R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton Un. 1984, 431 ss.

[13] Il che peraltro non significa una originaria delimitazione del SC. al solo *usufructus pecuniae* come vogliono M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto* cit., 95 ss.; G. CRIFÒ, *Il suicidio di Cocceio Nerva* 'pater' cit., in *Studi Scherillo* I, 437; ID., *Studi sul cd. quasi-usufrutto* cit., 32. Vd. per la tesi qui seguita, G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto* cit., 239 ss.; ID., *Usufrutto*² cit., 413 ss.

[14] Vd. a riguardo G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., 411 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*², I, 453-454.

[15] Ancora per Gaio, all'inizio del II sec. d.C., l'effetto precipuo del *SC.* non è: *ut pecuniae usus fructus proprio esset, nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, sed r e m e d i o i n t r o d u c t o coepit q u a s i usu fructus haberi* D.7,5,2,1. Nelle *Institutiones* di Giustiniano 2,4,2 si afferma che le cose consumabili *neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum.*

l'usufrutto del credito, ed in particolare del credito pecuniario[16]. Le fonti successive al SC. dimostrano che la giurisprudenza ha sempre ricondotto alla normativa introdotta dal SC. stesso l'applicabilità anche ai crediti del legato d'usufrutto *omnium bonorum* (vd. Pomp. 5 *ad Sab.* D.35,2,69; Cass. e Proc. in D.7,5,3; Papin. in D.33,2,24 pr.). Al contrario, invece, in D.50,16,121 tutto il discorso si muove, per il periodo anteriore al SC, sul significato di *fructus* e sull'ascrivibilità in esso dell'*usura pecuniae.*

Nel frammento bisogna distinguere due momenti logici che si intersecano nell'argomentazione del passo (*Usura / alia causa est; id est / obligatione*).

Nel primo, l'*usura pecuniae* effettivamente percepita non è *in fructu*, e quindi è dell'erede e non del legatario, perché non deriva *ex ipso corpore*, ma da un'altra *causa*. Un tale modo di ragionare implica la necessità di approfondire i concetti di *corpus* e *causa*, in relazione a *pecunia* e ad *obligatio*.

Questa logica esprime, infatti, una nozione naturalistica di 'frutto', sia nel risultato, sia nel processo di produzione. Una cosa per essere 'frutto' di un'altra deve venire in esistenza, derivare (*est ex...*) 'corporalmente' da quella[17], che ne è unica causa efficiente[18]. Questa concezione presuppone

[16] Non bisogna confondere questo problema con l'altro, postosi alla giurisprudenza nella tarda repubblica, in relazione al legato *per vindicationem* dell'*omne argentum / aurum quod meum est.* Si discuteva, infatti, se il legato potesse estendersi all' *argentum / aurum* di cui il *de cuius* fosse creditore, quello cioè *quod ei deberetur*. Q. Mucio in D.34,2,34 pr. esclude che l'*aurum debitum* fosse contenuto nell'*aurum omne suum* del legato *per vindicationem*, nello sforzo di distinguere, all'interno di una visione più ampia, *quod meum est* e *quod mihi debetur*. Anche in Cicerone, *Top.* 3,16, il legato di *omne argentum quod meum esset* non comprenderebbe la *pecunia credita*, cioè i *nomina*, a differenza della *pecunia in arca*. La prima non apparterrebbe (*meum esse*) al testatore, ma iscritta nelle *tabulae*, gli sarebbe dovuta in base ad una *obligatio*. Si ha la netta percezione della diversa sostanza delle due *pecuniae*, le une corporalmente nel patrimonio, le altre solo idealmente, in quanto dovute. Ciò avrebbe impedito di considerare quest'ultime validamente trasferite al legatario con il legato *per vindicationem*, senza peraltro poter ricorrere alla conversione dell'atto in base al SC. Neroniano non ancora emanato.

Difficile, poi, dire se alcune affermazioni presenti nelle fonti classiche attestino una concezione del debito pecuniario che affonda le sue radici nell'età più antica, ed in particolare la sua configurazione in termini di 'alienità' rispetto al patrimonio del debitore (*'Aes alienum' est, quod nos aliis debemus: 'aes suum' est, quod alii nobis debent* Ulp. D.50,16,213,1), concezione sottesa alla stessa immagine evocata dal *nexum*. In ogni caso, l'esclusione del *creditum* dal *suum* è regola che emerge nelle prime grandi opere *De iure civili: Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset: hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit.* Ulp. l.44 *ad Sab.* D.34,2,27,2.

[17] Ritengo scorretto in questo caso l'uso della metafora della cosa-madre, perché nel passo non ricorre il verbo *nascor*.

[18] La *causa 'id ex quo'* è presente nella dogmatica sulle *causae/aitiai* della Stoa (τὸ ἐξ οὗ γίγνεται; Sext.Emp., *Math.* 9,75-76 = SVF.II, 311) che sviluppa idee aristoteliche (τὸ ἐξ οὗ γίγνεται; Arist., *Phys.* II,3,194b16; Sen., *Ad Luc.* VII,65,4) e platoniche (*id ex quo*; Sen., *Ad Luc.* VII,65,8). Vd. a riguardo la messa a punto di A.M. IOPPOLO, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in ANRW.II.36.7 1994, 4491 ss. Nella dottrina romanistica si soffermano particolarmente sulla ricchezza di significati del concetto *causa* V. GEORGESCU, *Le mot* causa *dans le latin juridique* 1934-35, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, Bucarest-Paris 1940, 129 ss.; e più di recente D. NÖRR, *Causa mortis*, München 1986, 25 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona s.d. ma 1996, 33 ss. Sul rapporto con contratto vd.

una nozione del 'danaro' come materia e, come tale, cosa naturalmente sterile[19], e di 'frutto' come cosa separata, corporalmente prodotta da altra attraverso un processo naturale[20], come nel caso del frumento e dei legumi nati dalla terra, delle ghiande e dei *poma* nati *ex arbore* e del *fetus pecudum* nato dall'animale.

L'ulteriore approfondimento introdotto con l'*id est*, però, evidenzia uno sviluppo interpretativo della regola più antica che coinvolge i concetti di *corpus* e di *causa*[21] in relazione non alla *pecunia* come tale, ma alla *pecunia credita*.

Negare agli interessi percepiti dalle somme date in prestito natura di frutto in quanto prodotti non dalla stessa obbligazione avente ad oggetto la *pecunia credita*, ma da una *nova obligatio*, potrebbe dimostrare, al contrario, che se fosse stato possibile immaginare un debito degli interessi contenuto nella stessa *obligatio* della *sors*, si sarebbe potuta riconoscere all'*usura pecuniae creditae* natura di *fructus*, perché prodotta *ex ipso corpore et ex eadem causa*.

L'autore del *nova* ha in mente, allora, esclusivamente lo schema *datio mutui – stipulatio usurarum*[22], non conosce, cioè, *usurae* dovute insieme all'*obligatio* principale, *officio iudicis*, in base ad un'unica *causa obligationum*, come invece dall'età di Labeone, le *usurae* riconosciute per mora, uso indebito e patto nell'*oportere ex fide bona* nato dalla vendita, dalla società, dal mandato, dalla *negotiorum gestio* e dalla tutela[23].

da ultimo, C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti Palermo 1995, a cura di L. VACCA, Torino 1997, 35 ss.

[19] Così già F. GALLUS, *Tractatus de fructibus* cit., 133-134; H. VON SCHEEL, *I concetti economici fondamentali* cit., 744-745 [=38-39]; E. CICCOTTI, *Tratti caratteristici dell'economia antica*, in *Biblioteca di storia economica* cit., II/1, Milano 1905, XXV; M. LECCE, *Sommario storico del pensiero economico,* Milano 1965, 45-50; C. NICOLET, *Il pensiero economico dei romani* cit., 908-918.

[20] F. DUARENUS, *In septimam partem pandectarum sive digestorum commentarii*, in *Opera omnia*, Lucae 1766, III, 499; R. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht,* Leipzig 1844, 65; H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., 226; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, 454; e di recente F. BENEDEK, *Fruchterwerb des Eigentümers* cit., 80-81.

[21] Giustamente il SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, 455, coglie in questa seconda parte un «anderen, übertragenen Sinn».

[22] Vd. sulla *pecunia credita sub usuris* in Q. Mucio, Cels. D.17,1,48. Sulla struttura giuridica evocata dal *nova obligatione* cfr. già J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes ad tit.XVI De verb. sign.* cit., in *Opera omnia* cit., VIII, col.576 B; TH. GIMMERTHAL, *Über die Officialzinsen*, in *Arch.Civ.Praxis* 61, 1878, 375; SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, 455.

[23] Pomp. 13 *ad Sab.* D.17,2,60 pr.: vd. a riguardo G. CERVENCA, *Usura (dir. rom.)*, in ED.XLV 1992, 1125 ss. Per altri esempi di *usurae* nate dalla medesima *causa obligationum* della *pecunia* presenti nelle opere di Pomponio vd. D.18,2,15,1 *emptio venditio*; D.13,7,6,1 *pignus*. Peraltro, la giurisprudenza romana ha riflettutto su queste diverse cause fonti di un debito degli interessi, cogliendone il comune denominatore non tanto nell'*obligatio contracta*, quanto nell'*officium iudicis* vd. Pap. D.16,3,24; Pap. Vat. 2; Paul. D.19,2,54 pr.; Hermog. D.19,1,49,1; sul punto vd. oltre a C. FADDA, *Le* usurae quae officio iudicis praestantur, in RISG.2, 1886, 355-405; 3, 1887, 3-45 [= ID., *Studi e questioni di diritto*, Napoli, 1910, 229 ss.]; e G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* "usurae" cit., 217 ss.; ora anche R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., , in particolare p. 517 che parla di debito di interessi in questi casi come costituito «nicht... durch eine selbstständige Obligation..., sondern nur durch Einbeziehung in den Klaggegenstand».

La *ratio* riflessa nello svolgimento interpretativo della seconda parte di D.50,16,121 fonda l'*in fructu non esse* sulla constatazione che le *usurae* sono prodotte da un'autonoma *causa obligationum,* in particolare la *stipulatio usurarum,* 'causa' diversa da quella che fonda l'obbligazione di restituzione della *sors* (*mutuum*). Questo significa, altresì, che per il giurista autore dello svolgimento interpretativo della regola insito nel *nova,* l'uso di *corpus* nella regola, sebbene inserito nella prospettiva più elastica impressa da *causa,* non avrebbe escluso di per sé la questione degli interessi della *pecunia credita.* Rispetto a quest'ultima, infatti, *causa* permette di agganciare la problematica del *debitum* pur rimanendo all'interno della regola, accentuandone il significato di insieme di ciò che è dovuto (*id quod debetur*) nella prospettiva della *causa obligationum.*

Siamo all'interno di una concezione dell'obbligazione che privilegia l'aspetto materiale di ciò che è dovuto rispetto al vincolo ideale espresso dall'*oportere,* una concezione che non ha ancora sentito la necessità di esplicitare l'essenza del vincolo come 'diritto' a vantaggio del creditore (*ius obligationis* in Gai.II,14), come cosa incorporale per eccellenza, esplicitazione che incontriamo invece nel manuale gaiano[24].

[24] Il che sarebbe coerente con l'emersione storica di questa categoria concettuale. E ciò non solo perché l'*obligatio*, a differenza di altri istituti giuridici come ad es. la *possessio*, viene probabilmente attratta nella categoria delle *res incorporales* non prima del I sec.d.C. (vd. pur con diverse sfumature G. PUGLIESE, Res corporales – res incorporales *e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz* III, 223 ss., in particolare 246-248; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione* "res corporales" – "res incorporales", in *Labeo* 20 1974, 362-369; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni* res corporales – res incorporales *e* res mancipi – res nec mancipi *nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche* cit., 407 ss., in particolare 424 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle* res corporales *e* incorporales *quali elementi del patrimonio in margine al pensiero di G. Scherillo*, in *G. Scherillo. Atti del Convegno Milano 22-23 ottobre 1992*, Milano, 1994, cito da ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 177 ss.; vd. ora in particolare sull'*obligatio* M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari 1998, 190-191), ma altresì nel senso che la *iurisprudentia* dell'età precedente agli ultimi secoli della repubblica potrebbe valutare il credito accentuandone la natura di cosa dovuta; vd. a riguardo fondamentale G. GROSSO, *La distinzione fra* res corporales *e* res incorporales *e il secondo capo della* lex Aquilia, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, 791-795; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino 1967[2], 186; sul punto ora anche, M. BRETONE, *op.ult.cit.*. Il GROSSO accentua, infatti, in base al risarcimento *ex secundo capite legis Aquiliae* (Gai.3,215: relativo al caso in cui l'*adstipulator* in frode al creditore rimetta il credito con *acceptilatio* al debitore), il «parallelismo» tra questa ipotesi e le altre due tutelate nel primo e nel terzo dei *capita* della legge. In particolare «si tratterebbe... di un parallelismo che nell'autore della legge può essere sentito nella sua immediatezza grezza, fra crediti e cose corporali, nella sanzione del danno recato *iniuria* ad altri, distruggendo o ledendo i loro beni» (792). La precisazione è molto significativa se si tiene conto che la *lex Aquilia* è successiva alla *lex Poetelia Papiria*. È fuori luogo tentare in questa sede di ripercorrere le concezioni dell'*obligatio* che maturano dalla giurisprudenza pontificale fino a Gaio. È certo però che la possibilità di accentuare nell'*obligatio*, vuoi prima della *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., il vincolo corporale e materiale sul *corpus* del debitore, vuoi dopo di essa, il vincolo che astringe i *bona debitoris* come *corpus*, andrebbe approfondita; così R. ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, Torino 1968, 135 ed ora V. GIUFFRÈ, *La* substantia debitoris *tra* corpus *e* bona, in Praesidia libertatis. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, Atti Copanello 1992, a Cura di F. MILAZZO, Napoli 1994, 267 ss., in particolare 269 e 279. Sembra quindi che non sia tanto l'emanazione di questa legge ad innestare processi interpre-

Non a caso il Bonfante[25] propose di eliminare il *nova*, correggendo la motivazione nel senso di restringere il significato di *corpus* alla sola *pecunia* e non alla *obligatio* pecuniaria, e quello di *causa* al solo rapporto obbligatorio e non alla *causa obligationum*. In sostanza, secondo l'interpretazione del Bonfante, la L.121 avrebbe negato all'*usura pecuniae* natura di 'frutto' in quanto non prodotta corporalmente dal danaro, ma dovuta in base ad una obbligazione.

Al contrario, però, proprio il fatto che per l'autore dell'*id est nova obligatione* sia ancora possibile risolvere il problema posto dal debito degli interessi attraverso la *regula* più antica, lavorando cioè sul contenuto dei concetti in essa fissati di derivazione del 'frutto' dall'*ipsum corpus* come *eadem causa*, è un forte indizio per la genuinità dell'aggettivo.

Tutto ciò mi porta a concludere per la paternità muciana del contenuto di D.50,16,121.

Siamo quindi di fronte ad una regola e ad un suo svolgimento interpretativo legato all'ipotesi particolare delle *usurae*. La regola è quella più antica, quella applicata in materia nel III-II sec. a.C. e che afferma essere il 'frutto' di una cosa soltanto ciò che deriva corporalmente da essa attraverso un processo naturale, regola coerente alla stessa *vetus quaestio* sul *partus ancillae* tra Manilio, P. Mucio e Bruto in relazione all'usufrutto della schiava (Cic. *de fin.* I,4,12; D.7,1,68 pr.)[26].

Lo svolgimento interpretativo della regola, da attribuire allo stesso Q.Mucio, dimostra come su di essa si stessero operando affinamenti dogmatici legati ai suoi contenuti concettuali (*ex ipso corpore*) per verificarne la tenuta rispetto alle potenziate possibilità di reddito derivanti dalle attività negoziali, anche relative ai negozi di credito. Esso applica la regola anche all'*usura pecuniae*, con la conseguenza di escluderla dal novero dei 'frutti'.

2. *Il legato d'usufrutto del credito e il* senatusconsultum *sul cd. quasi-usufrutto (D.7,5,3)*

Il legato dell'*id quod debetur* può fornire alcuni importanti elementi per comprendere il modo d'attuazione di un trasferimento dell'obbligazione da parte di uno dei soggetti del rapporto obbligatorio anche rispetto al legato d'*ususfructus nominis*.

tativi nella *iurisprudentia* sfocianti in una diversa nozione della obbligazione come *res incorporalis*, quanto l'influenza delle teorie filosofiche di origine stoica sugli 'incorporei', influenza attestata già per Cicerone *Top.* 5,26-27, dove pur facendo *exempla* di istituti giuridici l'Arpinate non include però le *obligationes* nella categoria delle *res quae tangi demonstrarive non possunt*; per Elio Gallo nel *De verb. sign. ad ius civile pert.* nella sua famosa definizione sulla *possessio* Fest., 260,284L e per Quint., *Inst. Or.*5,10,116 che collega *quod incorporale sit* con *ius*. Sul rapporto della distinzione con il pensiero delle scuole filosofiche ellenistiche e della grammatica, vd. ora, M. BRETONE, *Res incorporalis*, in *Filoellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero*, Roma 1996, 117 ss.; ID., *I fondamenti* cit., 123 ss.

[25] P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., *II. La proprietà* cit., 1, 191; così F. BENEDEK, *Eigentumserwerb* cit., 30 n. 4; ID., *Fruchterwerb* cit., 80 n. 4.

[26] Rimando al mio studio in fase di realizzazione sulla nozione di *fructus*.

La cessione, infatti, sebbene si realizzi attraverso un atto *mortis causa*, pone problemi analoghi alla cessione del credito *inter vivos* per quanto riguarda l'impossibilità di ricorrere ai normali atti traslativi riguardanti le *res corporales*, e quindi la necessità di superare indirettamente questo limite (*novatio* soggettiva del lato attivo realizzata con un'*obligatio verbis* o *litteris contracta* ovvero procura *ad litem in rem suam* al cessionario; vd. Gai. 2, 38-39)[27].

Bisogna sottolineare che il legato dell'*id quod debetur* al debitore è praticato dal I sec. d.C. in poi come legato di remissione del debito, e non come legato della cosa dovuta. A differenza, quindi, del *legatum nominis*, l'erede sarebbe obbligato soltanto ad un *liberare* o ad un *non petere*[28]. In questo caso, quindi, non si pone la questione relativa ai modi nei quali si realizzi indirettamente il trasferimento del credito dall'erede al legatario.

Il *legatum nominis* viene visto, invece, come cessione *mortis causa* al legatario del diritto di credito, il che comporta che l'erede debba cedere le azioni a tutela del credito, ma non debba garantire all'onorato l'effettiva soddisfazione dell'interesse creditorio[29]. In questo caso l'erede «rende disponibili»[30] le azioni al legatario-cessionario (*Inst.* 2,20,21)[31], ricorrendo alla novazione soggettiva del lato attivo (nella quale è necessaria la partecipazione del debitore) o alla procura *ad litem in rem suam* (dove la cessione si realizza indipendentemente dal debitore)[32].

Rispetto a queste problematiche, il legato d'usufrutto del *nomen*, una volta ammesso – come vedremo – dalla giurisprudenza in base alla disciplina del SC. sul cd. quasi-usufrutto, sposta l'accento dal trasferimento del credito come tale, al trasferimento della gestione delle *sortes* (da intendersi come le somme di danaro investite) per appropriarsi delle potenzialità di 'reddito' di queste, appunto le *usurae*. Ciò significa nella sostanza che il legatario durante l'usufrutto farà propri gli interessi maturati sulle somme investite, e avrà il potere di esigere i crediti-capitale in scadenza e di reinvestire le somme di danaro-capitale prima della estinzione dell'usufrutto[33].

[27] Sul punto vd. l'ampio approfondimento del W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in BIDR.76 1973, 11 ss.

[28] Vd. sul punto, R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati* cit., 30 ss.

[29] R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati* cit., I, 9 ss.

[30] Sul significato di *actionem praestare, mandare* e *cedere* e sulla difficoltà di vedervi un «trasferimento» vd. W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti* cit., 122.

[31] *Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt. et ideo et quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet...*

[32] Vd. a riguardo R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati* cit., I, 22 ss. Sulla complessità degli strumenti processuali apprestati per realizzare la cessione, cfr. G. ASTUTI, *Cessione*, in ED.VI 1959, 805 ss. [= in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* III 1984, 1801 ss.]; M. KASER, *Pignus nominis*, in *Iura* 20, 1969, in particolare 177 ss.; W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti* cit., 120 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Deventer-Boston 1992, 58 ss.

[33] A riguardo, puntuali le precisazioni del TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata cit., in *Studi economico-giuridici – Università di Cagliari*, 44 1963-64, 627 ss., sul rapporto tra *legatum* dell'*id quod debetur* al debitore e *legatum* dell'*id quod debetur* al terzo.

Veniamo ora a:

D.7,5,3 Ulp.18 *ad Sab.*
Post quod [scil. *senatusconsultum*] *omnium rerum usus fructus legari poterit. an et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras**.

Ulpiano coglie storicamente nella prima metà del I sec.d.C. alcuni passaggi dogmatici ed alcune discussioni relative ad essi in rapporto all'emanazione del senatoconsulto sul cd. quasi-usufrutto[34]. Dopo di questo il testatore potrà disporre con legato d'usufrutto di tutte le *rés* contenute nel suo patrimonio.

Il dubbio sull'*ususfructus nominis* non è, peraltro, esclusivo del *ius novum* introdotto col *senatusconsultum*, come si è visto in D.50,16,121. Ma l'emanazione di quest'ultimo, certamente, rimette in discussione la regola elaborata dalla *interpretatio prudentium* che negava efficacia all'usufrutto del credito pecuniario del patrimonio ereditario attraverso l'esclusione interpretativa, come visto, delle *usurae* dal novero dei *fructus*. Cioè, nell'interpretazione giurisprudenziale successiva al SC s'impone di interpretare cosa sia incluso nelle *omnes res, quae in patrimonio sunt*[35], se esse siano comprensive o meno anche dei crediti di danaro, cioè della *pecunia credita* dell'*hereditas*[36].

* D.7,5,3 Ulpiano *nel libro diciottesimo A Sabino*
Dopo di questo [scil. senatoconsulto] potrà essere lasciato in legato l'usufrutto di tutte le cose. [Si domanda] se anche dei crediti? Nerva lo negò: ma è più vero quanto ritengono Cassio e Proculo che può lasciarsi in legato. D'altronde, lo stesso Nerva scrive che anche al proprio debitore può lasciarsi in legato l'usufrutto e così da rimettere a lui gli interessi.

[34] Sul passo soprattutto: F. STEINBERGER, *Ueber den* usufructus nominis, in *Z.f.Civilr.u. Prozess*, N.F.11 1854, in particolare 156-157; DUNCKER, *Bemerkungen den Nießbrauch an Forderungen*, in *Arch. f.prakt. Rechtsw.* 6, 1859, in particolare 99 ss.; G. RENARD, *Contribution à l'étude de l'autorité législative du sénat romain* cit., 80-81; M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto* cit., in BIDR.19, 1907, 115 ss.; F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, I, Palermo 1912, 79 ss.; G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR.43, 1935, 236 ss. in particolare 244-245 n. 1; ID., *Usufrutto*^{2} cit., 421 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto*^{2} cit., 730 e n. 4; M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata, cit., in *Studi economico-giuridici*, in particolare 671 ss.; G. CRIFÒ, *Il suicidio di Cocceio Nerva* cit., in *Studi Scherillo* I, 436 ss.; ID., *Studi sul quasi-usufrutto* cit., I, 30 ss.; G. GILIBERTI, *Legatum kalendarii* cit., 60-61 e n. 56; M. VAN GESSEL – DE ROO in H.ANKUM-M.V .G.D.R. - E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutung des Ausdrucks* in bonis alicuius esse/ in bonis habere *im klassischen römischen Recht*, in ZSS.104, 1987 R.A., 270 n.118; O. BEHRENDS, Rc. a Baumann, in ZSS.108, 1991 R.A., 434 n. 3.

[35] Ulp. 18 *ad Sab.* D.7,5,1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit.* Sul complesso rapporto tra attività di produzione del diritto e attività giudiziaria del senato che il *senatus censuit* evoca, vd. F. ARCARIA, *Senatus censuit*, Milano, 1992, 140 ss.

[36] A riguardo, mi sembra importante che Papiniano, in D.33,2,24 pr., distingua, ai fini dell'entità della *cautio* che il legatario deve prestare all'erede, a seconda che il prestito di danaro ad interessi fosse stato costituito dal defunto o dall'erede dopo la sua morte. Nel primo caso, gli eventuali 'interessi' maturati (sebbene non ancora necessariamente versati nel patrimonio ereditario; arg. ex. *usurae debitae*) su questi prestiti, prima che il legatario-usufruttuario abbia prestato la *cautio*, si considerano del patrimonio ereditario oggetto di usufrutto, e quindi

Nerva probabilmente, se consideriamo degna di fede la struttura del discorso di Ulpiano, si pone in questa prospettiva per rispondere alla domanda *an et nominum* ?[37]. Bisogna quindi approfondire le ragioni sottese all'esclusione nerviana dei *nomina* dal disposto del SC.[38].

Il parere di Nerva, ricordato in D.7,5,3, potrebbe evocare un momento di riflessione sul *nomen* come 'oggetto' di un diritto d'usufrutto. La questione si complica per l'interprete per la problematica tipicamente moderna dei cd. diritti sopra diritti. A riguardo è stata sottolineata l'importanza del concetto di *res incorporalis* per comprendere il diverso approccio al problema dei romani che avrebbero mantenuto la configurazione del *ius in re*, a differenza dei moderni[39].

rientranti nel *tantundem* da restituire all'erede alla fine dell'usufrutto (*in cautione*). Nel secondo caso, invece, danaro ereditario investito dall'erede, gli interessi eventualmente maturati non saranno oggetto della *cautio* per la restituzione delle *sortes* e non dovranno essere riversati nel patrimonio del legatario, né come reddito a lui spettante in quanto usufruttuario, né come oggetto dell'usufrutto (*sortes dumtaxat legatario dabuntur*); sul passo, vd. M. TALAMANCA, *Intorno* cit., 672-674 e note 131 e 136.

[37] Il TALAMANCA, *Intorno* cit., 677-678 n. 147 ha accentuato l'impossibilità di «accertare le ragioni del diverso attegiamento di Nerva». Certamente la sinteticità della notizia sul parere di Nerva impone prudenza nel ricercare la *ratio* che ha spinto il giurista a negare ai *nomina* di rientrare nella disciplina del senatoconsulto. Mi sembra, però, che possano cogliersi alcuni spunti utili, vuoi in base alla prospettiva del quesito, strettamente connessa al dettato normativo, vuoi alla critica che Ulpiano stesso fa all'ammissibilità, invece, da parte di Nerva di un legato d'*usufructus nominis* a favore del debitore.

[38] L'esclusione dei *nomina* da parte di Nerva dal disposto del *SC.* è stata variamente spiegata in dottrina. Accentuano la natura 'incorporale' dei *nomina* e quindi la loro esclusione dalle *omnes res* del SC. G. NOODT, *De usufructu* cit., in *Opera omnia* I, 442; CHR.FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 9, 1808, 405 che vi affianca l'impossibilità per quest'epoca della cessione del credito a terzi; G. GROSSO, *Usufrutto*^{2} cit., 421 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto*^{2} cit., 730 e n. 4; e più di recente M. VAN GESSEL-DE ROO in H. ANKUM - M.V.G.D.R. - E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutung des Ausdrucks* in bonis alicuius esse/ in bonis habere *im klassischen römischen Recht* cit., in ZSS. 104, 1987 R.A., 270 n. 118; O. BEHRENDS, Rc. a Baumann, in ZSS. 108 1991 R.A., 434 n.3. Per altri autori la soluzione di Nerva sarebbe condizionata dalla mancata maturazione per quest'epoca di una cessione del credito a terzi, e non al debitore, che non fosse cioè una forma di remissione del debito, o come nel caso specifico di D.7,5,3 in fine, remissione degli interessi dovuti: G. RENARD, *Contribution a l'histoire de l'Autorité législative* cit., 80-81; F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano* I, Palermo 1912, 80-81. All'interno poi di un rinnovato approfondimento biografico del giurista, si è accentuata una possibile presa di posizione politico-economica di Nerva contro i provvedimenti di Tiberio in materia di crediti ad interessi, conclusasi nel suicidio del giurista Tac. *Ann.* 6.26; Dio 58.21.4 con D.7,5,3; G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto* cit., 26 ss.; esprime dubbi su questo collegamento il NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 106 n.24. In particolare, mi sembra si debba precisare che la testimonianza di Cassio Dione, che assume nella tesi del Crifò un'importanza strategica, semmai prova come Nerva non volesse risolvere i gravi problemi finanziari del 33 d.C. con interventi eteronomi sui rapporti di credito, come invece aveva fatto Cesare nel 49 a.C. (vd. ora su questi interventi, ampiamente e con spunti originali, A. SACCOCCIO, *Un provvedimento di Cesare del 49 a.C. in materia di debiti*, in *L'usura ieri ed oggi* cit., 101 ss.). Il BAUMANN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München 1989, 71-73 e 72 n.98, ritiene il suicidio del giurista dovuto al timore della persecuzione che aveva già colpito Vasculanus Flaccus e Iulius Marinius. Sullo scetticismo espresso dal Talamanca vd. n. precedente.

[39] G. PUGLIESE, Res corporales, res incorporales *e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz* III, 223 ss., in particolare 246 ss.; ID., *Usufrutto* cit., 649 ss.

Si potrebbe pensare, peraltro, anche alla difficoltà di considerare valido un legato *per vindicationem* dell'*usufructus omnium bonorum* rispetto ai *nomina* collocati dal defunto. I crediti, infatti, se visti come 'cose' dovute, hanno ad oggetto 'cose' formalmente nel dominio del debitore e quindi non idonee alla costituzione attraverso questo legato del diritto reale d'usufrutto[40]. Nerva, in un'età nella quale non era ancora stato emanato il SC. Neroniano, avrebbe considerato inefficace l'atto prescelto rispetto ai crediti del patrimonio ereditario. Ulpiano, però, ci dà notizia che un ulteriore àmbito di applicazione della disciplina del SC. fu quello dell'usufrutto delle *res alienae* (D.7,5,5 pr.), nel senso delle cose appartenenti ad un patrimonio altrui. Quindi anche per chi si fosse posto nella prospettiva del credito come 'cosa' dovuta, il SC. avrebbe permesso di considerare valido il diritto d'usufrutto costituito col legato. Mi sembra, inoltre, difficile da immaginare che Nerva negasse in generale ai crediti di rientrare come attivo nel patrimonio del *de cuius*. Oltre alle numerose definizioni del patrimonio che le fonti ci tramandano[41], è significativo a riguardo che quando Paolo in D.33,2,1 esclude l'applicabilità del SC ad un legato d'usufrutto avente ad oggetto delle servitù di passaggio su beni ereditari, lo faccia non tanto in base all'essere le servitù degli *iura* e delle *res incorporales*, concezione questa sicuramente emersa nell'epoca dei Severi, ma in quanto esse non sarebbero né *ex bonis* né *extra bona* ereditari, dato che sono situazioni giuridiche da costituire dopo l'apertura della successione (*aut ea servitus constituatur*)[42].

A me sembra che la difficoltà principale per chi si fosse posto nella prospettiva del *nomen* come 'cosa' dovuta, idealmente contenuta come attivo nel patrimonio ereditario, sia data dall'impossibilità di effettuare la *traditio* delle *res* che il SC. condiziona alla prestata *cautio*. Un indizio in tale direzione è proprio la validità che, invece, Nerva riconosce al legato d'*ususfructus nominis* al proprio debitore, in quanto in questo caso non v'è effettivo trasferimento della *sors*, ma semplicemente l'obbligazione dell'erede di ri-

[40] Un'eco di questa concezione potrebbe cogliersi nell'ultima frase di Pom *ad Sab.* D.34,3,1 pr.: *Omnibus debitoribus ea quae debent recte legantur, licet domini eorum sunt.* Sul passo, sebbene con deduzioni non sempre condivisibili, B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio* cit., 21 ss.

[41] Ulp. D.50,16,49; vd. a riguardo G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli 1978, 83 ss.

[42] l. 3 Pomp. *ad Sab.*: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia [servitus] <fructus> servitutis esse non potest. nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praestet aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Il passo è stato oggetto di numerose discussioni che hanno investito sia la prima parte , sia la parte finale; punto di partenza per una sua rinnovata lettura mi sembra la necessaria scissione tra lemma sabiniano fino al *potest* e commento di Paolo; vd. sul passo S. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest* , in BIDR.6 1893 ora in *Scritti* II, 165 ss. le cui valutazioni critiche rispetto alla motivazione della prima parte del passo sono ora ridiscusse da A. METRO, *Fructus servitutis esse non potest* , in *Iura* 23 1972, 104 ss.; vd. altresì VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, 211-213; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 23-24; 212; H. ANKUM - M.V.G.D.R. - E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutung des Ausdrucks* in bonis alicuius esse/ in bonis habere cit., 270-272.

mettere al legatario gli 'interessi' dovuti (*remittendas ei usuras*). Nel legato d'*ususfructus nominis* al terzo sarebbe stato cioè, per Nerva, impossibile realizzare quel *res tradere cautionibus interpositis* (Ep.Ulp. XXIV, 27) essenziale per l'applicabilità del SC. sul cd. quasi-usufrutto, data la natura 'incorporea' del *nomen* oggetto dell'usufrutto. La giurisprudenza successiva supererà l'ostacolo applicando al legato d'usufrutto del credito pecuniario quegli strumenti indiretti elaborati per realizzare la cessione del credito tra vivi (I.2,20,21), concretizzando il *tradere* nel *sortes dare* o *praestari* in termini di trasferimento al legatario delle azioni inerenti la posizione creditoria nei confronti del debitore, sia nella gestione delle somme investite (riscossione degli interessi e delle somme stesse alla scadenza), sia nella facoltà di reinvestire le *sortes* recuperate dai crediti venuti in scadenza durante l'usufrutto.

La contrapposta soluzione di Cassio e Proculo[43] potrebbe, allora, segnalare vuoi la maturazione di una concezione del *nomen* come 'cosa' suscettibile di *traditio* in termine di cessione delle azioni al legatario; vuoi la possibilità di considerare le *usurae* percepite come un *fructus pecuniae creditae*.

La presa di posizione di Ulpiano, però, per la soluzione di Cassio e Proculo, ed in particolare la critica che lui fa allo stesso Nerva, mi sembra che avvalli più la prima interpretazione. Come abbiamo visto, infatti, il giurista severiano coglie in Nerva un'incoerenza (espressa bene nell'*idem tamen Nerva... quoque... scribit*) tra inapplicabilità del SC all'*usufructus nominis* ed efficacia di quello al proprio debitore. La differenza, dovuta al fatto che nel secondo caso non v'era alcun trasferimento del credito all'usufruttuario, ma solo una *remissio* degli interessi dovuti[44], non sembra giustificare per Ulpiano la diversa applicazione del regime del SC.

A ben vedere, l'incoerenza segnalata da Ulpiano nel pensiero di Nerva ha una sua forza critica soltanto sul piano comune delle due ipotesi, cioè su quello dell'usufrutto del *nomen* e non su quello della possibilità di considerare l'*usura pecuniae* come *fructus*. L'incoerenza, infatti, non sarebbe nell'a-

[43] Al di là di una registrazione dell'esistenza dell'apertura operata da Cassio e Proculo, la dottrina non ha espresso una communis opinio sulle ragioni di essa: il NOODT, *De usufructu* cit., 443 pensa ad una estensione semantica del concetto di *bona* includente sia *actiones* che *nomina*, come risulterebbe da D.50,16,49; il GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 406 pensa alla inclusione dei *nomina* nella categoria oramai maturata delle *res incorporales*; il PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi-usufrutto* cit., 117 pensa a ragioni economico-sociali, accentuando la funzione di legato di rendita del legato di credito ad interessi.

[44] Dare, invece, al legato d'*ususfructus nominis* al terzo il significato di semplice legato di rendita vd. ad es. M. PAMPALONI, *op.ult.cit.* non è giustificato. Le fonti classiche, infatti, sono esplicite nell'accordare al legatario la disponibilità materiale e giuridica della *sors*, realizzata attraverso il trasferimento a lui del capitale eventualmente riscosso, oppure delle azioni a tutela del credito ereditario, a condizione della prestazione della *cautio*; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., 422 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno* cit., 672 ss. In concreto, però, non sappiamo se a differenza che per l'età di Papiniano vd. D.33,2,24 pr., Cassio e Proculo vedessero nella *cautio*, a differenza dell'*usufructus pecuniae* vd. Sab. in D.7,5,5,1, un'idonea garanzia per la realizzazione della disposizione del testatore in termini di trasferimento della *sors* a riguardo vd. le precisazioni del rapporto tra D.7,5,3 e D.7,5,4 di Paolo – dove si parla di *cautio* – fatte dal TALAMANCA, *Intorno* cit., 675 ss..

ver riconosciuto in un caso che gli interessi siano 'frutto' delle somme investite e nell'altro no, ma nell'aver riconosciuto che soltanto al proprio debitore possa <*nominis*> *usum fructum legari*.

Il punto di vista da cui Ulpiano guarda al *ius controversum* tra i capiscuola del principato, quindi, presuppone un ragionamento che nel criticare Nerva, si fosse posto nella prospettiva dei *nomina* come 'cose' nel patrimonio del *de cuius* suscettibili di usufrutto secondo il dettato del SC.

Non sembra emergere, all'interno della discussione ricordata da Ulpiano in relazione al SC. sul cd. quasi-usufrutto, una concezione che ne abbia condizionato l'applicabilità ai *nomina* in base ad una estensione del concetto di *fructus* che contenesse anche gli 'interessi' maturati sulle *sortes* investite del patrimonio ereditario. Da questo testo risulta piuttosto che a seguito del SC si discuteva se estendere l'applicazione delle norme da questo introdotte a beni patrimoniali non suscettibili di un *uti frui salva rerum substantia*, sì da imporre ancora a Gaio la *fictio* del *quasi usu fructus haberi* (D.7,5,2,1)[45].

3. *Usura non natura pervenit, sed iure percipitur* (Papin. D.6,1,62 pr.)

D.6,1,62 pr. Papin. *libro sexto quaestionum*
*Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur**.

Una rilevantissima riflessione sul rapporto tra *fructus* e *usurae* è presente in questo passo di Papiniano[46]. Siamo nell'àmbito del *restituere* processuale

[45] Vd. a riguardo W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW II, 15, p. 57.

* D.6,1,62 pr. Papiniano *nel libro sesto Delle questioni*
Se si rivendica la nave dal possessore di mala fede, devono stimarsi anche i frutti, come nella taverna e nell'area che di consueto si danno in locazione. Ciò non è contrario al fatto che l'erede [scil. il possessore dell'eredità] non deve garantire gli interessi riguardo al danaro depositato che non toccò; giacché anche se essenzialmente il nolo come l'interesse non perviene dalla natura, ma è percepito in base al diritto, ciononostante però il nolo può essere richiesto, perché il possessore non deve rispondere al rivendicante del pericolo della nave, mentre il danaro è dato in prestito ad interessi a pericolo di chi lo dà.

[46] Sul passo, nella più recente letteratura, vd. A. PERNICE, *Parerga VIII. Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, in ZSS.19, 1898 R.A., 132-133; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur* actio furti *im klassischen römischen Recht*, in ZSS.32, 1911 R.A., 86; P. BONFANTE, *Corso* cit., II.1 cit., 190 e n.2; A.R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS.49, 1929 R.A., 274 ss., in particolare 307 e n.3; M. KASER, *Besitz und Verschulden bei dinglichen Klagen*, in ZSS.51, 1931 R.A., 110-111; ID., Restituere *als Prozessgegenstand*, München 1968², 11 ss.; 197 (Nachträge); ID., *Die Passivlegitimation zur* hereditatis petitio, in ZSS.72, 1955, R.A., 123 n.105 continua da 122; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den* actiones in rem, in ZSS.98, 1981 R.A., 124 n.179; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV Tübingen 1920, 37; ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS.57, 1937 R.A., 7, 25; ID., *Beiträge*, in ZSS.66, 1948 R.A.,377; H.KRELLER, Rc. a Kaser, Restituere, in ZSS.53, 1933 R.A., 566-567; H.T.KLAMI, Mutua magis videtur quam deposita. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, [Comm.Human.Litt], Helsinki 1969, 66 ss.; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., 197 n.12 e 13; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino 1971, 41-43; F. STURM, Rc. a Schipani, in ZSS.90, 1973, 442; A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, Torino 1974², 190; ID., *Pecunia traiecticia e stipulatio poenae*, in *Labeo* 24 1978, 281; W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito* Rc. Klami, in *Index* 3, 1972, 562; ID., *Le dépôt irregulier*, in RIDA 22, 1975, 305 n. 260; A. WACKE, *Die Zahlung mit fremden Geld*, in BIDR.79 1976, 129-130 n. 340; G. MACCORMACK, *Further on periculum*, in BIDR.82, 1979, 30-31; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., in *Estudios Iglesias* I 1988, 82; P. VOCI, Diligentia, custodia, culpa. *I dati fondamentali*, in SDHI.56 1990, 48 n. 33; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* XLIII 1992, 65 e n.160; M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar 1995, 82; 108-109.

inerente alle azioni reali, ed in particolare si tratta dell'obbligo del soccombente, possessore interinale della cosa nelle more del processo, di restituire al vincitore sia la cosa sia i suoi frutti.

L'ipotesi da cui prende spunto la *quaestio* papinianea è relativa alla *rei vindicatio* di una nave[47]. Il possessore di mala fede soccombente nella causa è condannato anche al valore dei *fructus percipiendi*, e ciò in analogia alle ipotesi della *taberna* o del fondo dati di consueto in locazione[48]. Da ciò si evince con chiarezza che l'*aestimatio fructuum* si concretizza nelle mercedi potenzialmente percepibili (anche se non di fatto percepite) dalla locazione della nave nel tempo del processo[49]. Siamo all'interno di una concezione che ingloba nel *fructus* il provento in danaro della concessione d'uso della cosa attraverso la locazione, spunti della quale si rinvengono già nella giurisprudenza tardorepubblicana (Elio Gallo in D.22,1,19 pr.[50]).

Papiniano, coerentemente al genere letterario utilizzato, approfondisce l'affermazione fatta attraverso il rapporto con il caso, peraltro affrontato in un precedente libro della stessa opera (Ulp. 15 *ad ed.* D.5,3,20,14)[51], dell'*he-*

[47] L'ipotesi del KASER, *Restituere* cit., 12 che qui in realtà il *petere* della parte iniziale atterrebbe non alla *reivindicatio* ma alla *hereditatis petitio* non è in realtà necessaria per cogliere il parallelismo tra le due ipotesi; vd. la critica di KRELLER, Rc. cit., 566; che lo stesso KASER accoglie nei 'Nachträge' all'edizione del 1968, 197; così anche S.SCHIPANI, *Responsabilità* cit., 42 n. 1.

[48] Il *locari solere* come specificazione dell'ipotesi della *taberna* e dell'*area* potrebbe far pensare ad un dato sottinteso nel caso esaminato, quello del consueto ricorso alla locazione della nave per il trasporto merci. D'altronde bisogna tener conto che altrove si specifica come il comportamento del convenuto con azione reale che *navem tempore navigationis trans mare misit* non perfeziona una *culpa* Paul. D.6,1,16,1; vd. sul passo S. SCHIPANI, *Responsabilità* cit., 41, e che è considerato lecito per l'usufruttuario della nave esercitare le sue facoltà mandando in navigazione la stessa pur nell'imminenza di un pericolo di navigazione Sab. in Ulp. D.7,1,23,1; Vat. Fr.72.

[49] Vd. ora esattamente M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., 108.

[50] *Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit.* Di «assimilazione generica» parla il BONFANTE, *Corso* cit., II.1, 190 e n.2; vd. anche M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., 197 e n.12-13. Da notare come l'operazione di Elio Gallo esclude il procedimento logico di identificazione *esse* e segue la diversa strada del *numerare in fructu*.

[51] *Papinianus autem libro tertio questionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum.* A riguardo non c'è biso-

reditatis possessor[52] che non 'tocchi' materialmente (*attingere*) il danaro trovato nell'eredità, e quindi non sia obbligato ad *usuras praestare* verso il vero *heres*.

In particolare, la regola delle *vecturae aestimandae in restitutione* non contraddice, per Papiniano, il diverso regime applicato al possessore dell'eredità, che non deve *usuras praestare* all'erede quando non 'tocchi' la *pecunia deposita*[53].

Secondo Papiniano, la ragione del diverso contenuto del *restituere* (in un caso la nave e le mercedi locative potenzialmente percepibili da essa; nell'altro solo il danaro lasciato nell'eredità e non gli interessi potenzialmente percepibili da esso), sarebbe da individuare nell'opposto accollo del *periculum* nelle due ipotesi, sebbene da un punto di vista più generale l'*usura* come la *vectura*, *non natura pervenit, sed iure percipitur.*

È interessante notare l'iter logico che sostiene l'argomentare del giurista. Tenuto infatti conto di un elemento che fonderebbe una possibile analogia tra *usura* e *vectura*, la rilevanza di essa si esclude in concreto rispetto al *restituere* del soccombente di un'azione reale (*rei vindicatio*, *hereditatis petitio*), in base ad un elemento di differenziazione attinente alla responsabilità del convenuto per la cosa oggetto dell'azione. A differenza, infatti, della rivendica della nave, dove il 'pericolo' del perimento fortuito di essa è a carico del *dominus*-attore e non deve essere garantito dal possessore interinale nelle more processuali[54], il 'pericolo' della perdita del danaro ereditario ricadrebbe sempre sull'autore della *datio pecuniae* e quindi nell'ipotesi presa in esame sull'*hereditatis possessor* e non sull'erede-attore. Ciò giustifica il fatto che soltanto nella rivendica della nave il possessore di mala fede debba al vincitore della lite le mercedi locative come *fructus percipiendi*, mentre nella

gno di ritenere che l'epigrafe del frammento vada allora corretta da VI a III libro, come vuole il BESELER, *Unklassische Wörter* cit., 7.

[52] Già la Glossa specifica che il richiamo ad *heres* in D.6,1,62 pr. andrebbe aggettivato con *putativus*; per la caduta dell'originario *here*[ditatis possessor] vd. G. BESELER, *Beiträge* cit., 37. Il confronto con D.5,3,20,14 mi sembra a riguardo fondamentale.

[53] In D.6,1,62 pr. il riferimento alla *pecunia deposita* è solitamente interpretato come "zurückgelegten Geld", quindi in modo atecnico, come il danaro 'messo da parte' dal de cuius e non destinato al prestito ad interessi; così, ad es. F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI, 152-153; A. PERNICE, *Parerga* cit., 133; M. KASER, *Restituere*[2] cit., 12 *deposita = reposita*; A. WACKE, *Die Zahlung* cit., 129 n. 340; ed ora M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., 108 n. 475, sebbene in astratto si possa pensare alle somme di danaro depositate presso terzi da parte del *de cuius* o del possessore. Il punto è stato approfondito dal KLAMI, *Mutua magis videtur* cit., 67-68, il quale richiama D.13,7,6,1 Pomp. l.35 *ad Sab.* dove si distingue chiaramente tra *pecunia foenerata*, *pecunia in usum proprium conversa* e *pecunia deposita*, al fine di riconoscere un *usuras praestare* del creditore pignoratizio solo nelle prime due ipotesi, rispetto alla somma di danaro residua sottratto il valore del credito garantito dopo l'esercizio del *ius vendendi*.

[54] Regola questa, come è stato giustamente sottolineato, perfettamente coerente a quella emersa nel pensiero sabiniano in materia che applica il principio della *culpa*; vd. già A.R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes* cit., 307 e n. 3; M. KASER, *Besitz und Verschulden* cit., 111 n. 1; più di recente S. SCHIPANI, *Responsabilità* cit., 43; P. VOCI, *Diligentia* cit., 48 n.33; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 65 e n.160. Senza seguito, invece, la tesi dello SCHULZ, *Die Aktivlegitimation* cit., 86, che vi vedeva l'applicazione in materia della *custodia*, ipotesi peraltro influenzata se vogliamo dallo status quaestionis coevo sui criteri di responsabilità.

hereditatis petitio il possessore dell'eredità non è obbligato di regola a restituire all'erede le *usurae percipendae* dal danaro ereditario, salvo che non decida di farne 'uso'[55].

Il discorso svolto trova conferma in un principio generale risalente a Giuliano, secondo cui il criterio-modello per la stima dei frutti oggetto di restituzione processuale non è se il possessore di mala fede abbia percepito o meno frutti dalla cosa oggetto di azione reale, ma se l'attore avrebbe potuto percepirne ottenendo il possesso interinale (D.6,1,62,1).

Un problema interpretativo mi sembra l'affermazione in termini di regola: *cum pecunia periculo dantis faeneretur*.

Attraverso di essa si individua una particolare condotta del possessore dell'eredità che non viene inclusa nell' *attingere* fonte di *usurae*. In sostanza, mi sembra che riemerga qui una distinzione, già in altre fonti attestata, che vede nella messa a disposizione di somme di danaro verso interessi un uso di esse che non viene ascritto a una condotta illecita del *non dominus*[56]. Il possessore dell'eredità che decida di *faenerare* danaro ereditario, pur realizzando in concreto l'*attingere* previsto come causa produttiva di un debito degli interessi verso l'erede-attore, non viene assoggettato a questa obbligazione.

Non siamo, allora, di fronte, nell'ultima frase del frammento, ad un chiaro riferimento alla *pecunia traiecticia* nella quale ben si inserirebbe l'affermazione dell'accollo del 'pericolo' al *dans*, rendendosi peraltro coerente il confronto con l'ipotesi della locazione della nave[57]. Ciò non spiegherebbe a mio avviso perché in questo caso gli interessi effettivamente percepiti dal possessore ereditario non vadano restituiti all'erede.

A me sembra, invece, che la frase *cum pecunia periculo dantis faeneretur* vada contestualizzata nella discussione riemergente nella *hereditatis petitio*, alla quale partecipano Labeone e Ottaveno (Ulp. 15 *ad ed.* D.5,3,18 pr.)[58], Giuliano (Paul. 20 *ad ed.* D.5,3,30)[59] e Marcello (15 *digest.* D.36,1,46

[55] La contrapposizione tra l'*attingere* e il *deponere*, come usi del danaro che producono effetti diversi in relazione all'*usuras praestare*, deve peraltro essere correlata con la concezione papinianea del sorgere di un debito di interessi in capo al depositario di danaro si tratti di deposito regolare o irregolare, condizionato sempre ed esclusivamente dalla mora: *contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit* D.16,3,24. Sul punto vd. sinteticamente quanto dico e la letteratura citata in *Il* periculum *e le* usurae cit., 56-59. Nell'*attingere* quindi, per Papiniano, si concreta un vero e proprio *in usus proprios convertere* del possessore dei beni ereditari.

[56] In relazione ai giudizi di buona fede, vd. *Il* periculum *e le* usurae cit.,

[57] Così A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae* cit., 190; ID., *Pecunia traiecticia e stipulatio poenae* cit., in *Labeo* 24, 1978, 281.

[58] È questo il caso del *pretium* ricavato dalla vendita di un bene ereditario attraverso un argentario, a questo lasciato a credito al fine di ottenerne un reddito di interessi. L'eventuale perdita della somma di danaro presso l'argentario è accollata da Labeone al possessore dell'eredità *quia suo periculo male argentario crediderit*, mentre Ottaveno limita la restituzione alla cessione delle azioni contro l'argentario. Entrambi, a differenza di Ulpiano, non distinguono a seconda che il possessore sia di buona o mala fede, distinzione questa tipizzata nel SC *Iuventianum*. Sul passo vd. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., 172-173; 182-184.

[59] Giuliano riconosce la scelta all'attore tra *sortem tantum an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere*. Essa, estranea a sua volta alla distinzione tra *bonae* e *malae fidei posses-*

[44],1)[60] riguardo al mutuo di danaro ereditario[61]. L'*hereditatis possessor* che presta ad interessi danaro ereditario lo fa 'a suo pericolo' e quindi, in caso che il prestito vada a buon fine, potrà trattenersi le *usurae*, al contrario sarà comunque tenuto a restituire all'erede la somma capitale utilizzata. Prima del SC *Iuv.* questa regola prescindeva dall'essere il possessore dell'eredità di buona o mala fede. Non sembra peraltro che lo stesso Papiniano la valuti attraverso questa distinzione introdotta col SC, a differenza di Paolo e Ulpiano nei passi summenzionati.

Papiniano applica qui la regola che sancisce la corrispettività tra *periculum* e *usurae,* rispetto al contenuto del *restituere* nella *hereditatis petitio*. Mentre la *faeneratio pecuniae in hereditate inventae* è esclusa dagli obblighi del possessore nelle more processuali, giacché se ne assumerebbe tutti i rischi e, di conseguenza, farebbe propri gli interessi eventualmente percepiti, la *locatio navis petitae* è vista come un atto dovuto perché uso consueto della nave nell'interesse del *dominus*, dato che è su quest'ultimo che ricade l'eventuale perimento della stessa. Di qui la spettanza dei *commoda ex negotiatione* potenziali soltanto nel caso della *rei vindicatio* della nave al *petitor*[62].

Il ragionamento accentua, quindi, la corrispettività tra *periculum* e *commoda ex negotiatione*, criterio questo più forte dell'applicabilità alle *usurae*, in analogia alle *vecturae*, della regola dei *fructus aestimandi* in base alla loro comune provenienza dal 'diritto'.

Approfondiamo ora questa analogia riconosciuta in astratto, ma esclusa in concreto in base al rilievo sul *periculum*.

Natura e *ius* segnano il netto confine tra *fructus* e utilità di una cosa percepite in base al diritto. L'esempio paradigmatico di quest'ultime è rappresentato dalle pensioni locative e nel caso di specie dalla *vectura*. *Ius,* come fondamento di queste 'utilità', designa in modo più astratto tra le possibili cause di queste utilità, tra le quali quella negoziale è probabilmente la più importante, ma non l'unica[63]. L'analogia tra la *vectura* percepita in base alla *locatio conductio* e l'*usura* percepita in base alla *stipulatio usurarum* che accompagna il prestito di danaro, mantiene il *ius* come momento fondante

sor viene utilizzata da Paolo entro quest'ultima. Vd. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., 184-187. Analoga possibilità di scelta introduce Marcello tra pupillo e tutore rispetto al danaro pupillare D.26,7,16; sul passo vd. *Il* periculum *e le* usurae *nei giudizi di buona fede* cit., 45 ss.

[60] Si tratta di ciò che l'erede designato deve all'onorato da fedecommesso. In particolare: *...sed cum hereditarios nummos faeneraverit..., nihilo eo nomine praestat [sc.heres] ei, cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora, scilicet quia suo periculo faeneravit...*

[61] Il *faenerare*, coerentemente agli usi stessi di Papiniano (D.14,3,19,3; '*foenus*' in D.20,1,1,3, D.22,1,9,1, D.22,2, 4pr.; D.22,2,4,1; D.24,3,42,2; *pecunia fenebris* in D.22,1, 9 pr.), sta qui tecnicamente ad indicare il prestito di danaro ad interessi realizzato con una *datio mutui* accompagnata da una *stipulatio usurarum*.

[62] È questa, peraltro, spiegazione risalente: «Redditur ratio quia locatio potest fieri sine metu damni, sed foeneratio, quia est periculum fenerantis»; BALDUS DE UBALDIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria* , ed. Venetiis 1599, I, f. 294, lex 62 Si navis..

[63] Il BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., 82, accentua solo il significato di frutto derivante da un 'rapporto giuridico'.

della nozione di 'utilità giuridica' all'interno della negozialità. *Ius,* però, in un'età come quella di Papiniano, nella quale sono oramai ben evidenziate altre cause fonti di un debito di interessi (in primis *mora* e *conversio in usus proprios*), contiene a mio avviso altre ipotesi riconducibili a questa sfera, pur estranee al momento negoziale. Lo stesso Papiniano aveva ben chiarito che, rispetto alle *usurae*, nei *bonae fidei iudicia* : «*tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*» (l.9 *quaest.* D.16,3,24).

Il discorso svolto, quindi, evidenzia una logica tesa in astratto ad individuare una analogia tra le *usurae* e le pensioni locative, sebbene l'elemento comune non si individui, in modo circoscritto, nella concessione d'uso ad altri della cosa da cui si trae l'utilità, come invece accadrà nella moderna costruzione degli interessi del danaro e delle pensioni locative come 'frutti civili'. In Papiniano, è l'individuazione di un comune momento fondante l'utilità percepita dalla cosa, il *ius*, che contiene in sé sia il richiamo del fondamento negoziale della stessa (*stipulatio, locatio*), sia momenti diversi (come il potere giudiziale di fissare interessi).

Non si tratta, quindi, di identificare due classi di frutti 'naturali' e 'giuridici' nel *genus* 'frutto', quanto di approfondire concretamente la possibilità di estendere il regime del *restituere* elaborato rispetto ai frutti, ad altre utilità percepite dalla cosa oggetto di azione reale. In questa prospettiva, le *usurae* pur non essendo *fructus* a differenza delle *vecturae*, potrebbero essere a queste assimilate rispetto alla restituzione processuale. Ciò, però, si esclude in base alle diverse regole sottese alla responsabilità del convenuto per l'oggetto dell'azione stessa.

4. *Usurae vicem fructuum optinent* (Ulp. 15 *ad ed.* D.22,1,34)

D.22,1,34 Ulp. *libro quinto decimo ad edictum*
Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus[*].

L'importanza strategica di questo frammento per la fissazione moderna di un concetto di 'frutti civili', comprensivo anche degli interessi del danaro, ha trovato nel Savigny sua chiara espressione[64].

Prima di approfondire, peraltro, il significato e la portata del *vicem fructuum*, bisogna reinserire il frammento nel suo originario contesto, dal quale è stato escerpito dalla commissione edittale per farne il *principium* di questa

[*] D.22,1,34 Ulpiano *nel libro quindicesimo All'editto*
Gli interessi assumono le veci dei frutti e giustamente non devono essere separati dai frutti: e così si osserva nei legati, nei fedecommessi, nell'azione di tutela e negli altri giudizi di buona fede. Lo stesso diremo per gli altri proventi.

[64] F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI, 102-103 n.a e b. e 140 ss.; e più di recente R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS.105 1988 R.A., 527 n. 51 sul punto vd. infra IV.2. Contra vd. per ora S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., T.51 1983, 229 n. 29.

massa, dopo quella papinianea e sabiniana, nel titolo *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora* (22,1) dei *Digesta* di Giustiniano[65].

Ulpiano sta commentando la clausola edittale *si hereditas petatur* (E.XV,65). Un primo problema è dato dal punto nel quale il frammento in esame si trovava nella successione dei frammenti del commentario edittale ulpianeo tramandati in D.5,3 sulla *hereditatis petitio*. Se da un lato non si discute sulla parte del commentario in senso stretto che si collegava con D.22,1,34, ed in particolare la catena D.5,3,25,20; 27 pr.-1 e 29[66], d'altro lato vi è disaccordo sul contesto più generale nel quale tale catena si trovava.

Due a riguardo sembrano le possibili ipotesi palingenetiche.

Una che considera probante l'attuale ordine di successione dei frammenti escerpiti dall'opera classica come presente nel titolo costruito dai compilatori. In questo caso, saremmo all'interno del commento al *SC.Iuventianum* (D.5,3,20,6-6[d]) ed in particolare alla regola ivi stabilita sul *restituere* del possessore di buona fede del patrimonio ereditario come limitato a ciò che *locupletior ex ea re factum esset*[67].

L'altra ipotesi trae spunto da un ammonimento del Krüger che nel 1910 metteva in guardia dall'accettare acriticamente l'ordine di successione dei frammenti e dei paragrafi dei frammenti della stessa opera classica all'interno del titolo giustinianeo[68]. Il dubbio, in relazione alla catena di testi qui richiamati, è esplicitato dal Lenel[69] ed approfondito dal Kaser[70]. In realtà, l'esatto contesto di essa sarebbe al di fuori del commentario sul *SC.Iuventianum*, ricollegandosi al principio civilistico applicato nella *hereditatis petitio* formulare che *fructus omnes augent hereditatem* trattato nell'attuale D.5,3,20,3.

[65] Per questo tipo di problemi vd. comunque prossimo §.

[66] O. LENEL, *Palingenesia* II col.505 n. 530: [25,20] *Augent hereditatem gregum et pecorum partus.* [27 pr.] *Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere.*[27,1] *Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.* [29] *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones, item vecturae navium et iumentorum.* [D.22,1,34]....

[67] Così ad es. D. LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, in *Index* 1, 1970, 152.

[68] Il KRÜGER, *Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten*, in ZSS.31, 1910 R.A., 7 ss., fondava questa convinzione sul confronto testuale esterno dei frammenti tramandati dai *Digesta* di Giustiniano e le raccolte di *iura* o miste di *iura et leges* pregiustinianee.

[69] O. LENEL, *Palingenesia* II, col. 500 n. 2 dove rimanda in relazione al n. 517 § 3 [D.5,3,20,3] al n. 530 e col. 505 n. 3 in relazione al n. 530 «*Haud scio an haec suo loco mota sint, cf. fr.517 § 3*»; ID., *Textkritische Miszellen*, in ZSS.39, 1918 R.A., 149-150 dove in relazione a D.5,3,20,3 corrobora la possibile provenienza spuria di alcune parti del frammento, dal sicuro intervento su esso dei compilatori, dato che « wir Ausführungen Ulpians über die *augmenta hereditatis* in den Digesten noch an anderer Stelle begegnen, vgl. 5,3,25,20; 27; 29; 22,1,34».

[70] M.KASER, *Restituere*[2] cit., 43-44; 50; 202 Nachträge; ID., *Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, in ZSS.72, 1955 R.A., 120 ss., 122; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., in ZSS.98, 1981 R.A., 116 e n. 137.

Il punto va approfondito.

L'ordine degli argomenti del commentario ulpianeo all'*hereditatis petitio* vede la sequenza: legittimazione attiva (L.507 = D.5,3,2); legittimazione passiva (*possessor pro herede; possessor pro possessore* L.508-514 = D.5,3,9;11;13 pr.-1; 41,10,1; 36,3,4; 5,3,13,2-15; 16; 18 pr.-1); *quae veniant in hereditatis petitione*: a) *iura et corpora* (L.515-517 = D.5,3,18,2); b) *quae hereditatis causa comparata sunt* (L.517 = D.5,3,20 pr.-2); c) *augmenta hereditatis* (L.517 = D.5,3,20,3); d) *actiones* (L.517 = D.5,3,20,4-5).

Successivamente Ulpiano afferma di aver trovato molte cose (*multa repperimus tractata*; D.5,3,20,6) in relazione alla diminuzione del patrimonio ereditario (*de distractis rebus hereditariis*), alla dolosa dismissione del possesso dei beni ereditari precedente alla *litis contestatio* (*de dolo praeterito*) e ai frutti (*de fructibus*). Egli, a questo punto, inserisce la trattazione del *SC.Iuventianum* (L.518 = D.5,3,20,6-6[d]) che diviene oggetto precipuo del suo commento (L.519-537).

In astratto, il richiamo alla tematica dei frutti come ad una parte ampiamente trattata rispetto alla *hereditatis petitio* formulare ai tempi di Ulpiano, potrebbe giustificare l'ampio approfondimento che troviamo in D.5,3,25,20; 27; 29 a cui si collega di solito anche D.22,1,34. La scelta però di collocare proprio dopo l'affermazione richiamata (20,6) il testo del *SC.Iuv.* esprime la consapevole fusione delle tematiche sopraricordate nel commento al SC, come testo che in materia, dalla sua emanazione (129 d.C.), ha assunto un ruolo centrale nella interpretazione dei *prudentes*. Riguardo al diritto esistente, infatti, il SC. ha, in parte, innovato ed innestato dinamiche interpretative.

Bisogna porsi, quindi, la questione se, entro l'ordine della trattazione come ci è pervenuto nel titolo 5,3, l'attuale posizione assunta da L.530 (= D. 5,3,25,20; 27; 29; D.22,1,34) si giustifichi oppure no, e poi porsi l'ulteriore problema se la connessione di questa catena di testi con D.22,1,34 sia convincente.

Sia in D.5,3,25,20 (*Augent hereditatem....)*, sia in D.5,3,27 pr.-1 (*...augent tamen hereditatem... possessor...debet restituere; ...venient <in hereditatis petitione>*), emerge chiaramente la prospettiva del *restituere* processuale e della regola dell'*omnes fructus hereditatem augent*. In particolare quest'ultima viene approfondita in relazione ad 'utilità' percepite dai beni ereditari visti come patrimonio unitario non automaticamente ascritte nei 'frutti' (*partus gregum et pecorum; partus ancillae; pensiones; mercedes; operae servorum; vecturae*).

Dal punto di vista sostanziale, la differenza con la problematica della responsabilità per arricchimento del possessore di buona fede impostata dal *SC.Iuv.* è significativa. Il *possessor bonae fidei* dell'*hereditas* che avesse diminuito senza arricchirsi il patrimonio ereditario (vd. a riguardo il *ius controversum* ricordato in D.5,3,25,15), non sarebbe stato condannato a restituire alcunché all'erario nella *petitio* (*extra ordinem*) ed al privato nell'*hereditatis petitio*[71].

[71] Sulla questione dell'originaria delimitazione del disposto del SC.Iuv. solo alla *petitio ex-*

Riguardo a questa problematica, i frutti oggetto di *restituere* assumono rilevanza solo entro il limite dell'effettiva *locupletatio* del possessore convenuto, e quindi, non ha un valore stringente l'approfondimento dei redditi provenienti da cose ereditarie equiparabili ai 'frutti' come tali, ma al contrario emerge l'importanza della regola che *fructus intelleguntur deductis impensis* e l'apprezzamento delle spese erogate dal *possessor* (D.5,3,31; 37).

Rispetto, invece, al principio giurisprudenziale che *fructus omnes augent hereditatem*, emerso ben prima ed al di fuori del commento al SC.*Iuv.*, ha un suo preciso significato l'approfondimento serrato di quali utilità possano essere assimilate ai frutti rispetto all'*hereditatem restituere* della *hereditatis petitio*.

Potrebbe, infine, rimanere qualche dubbio rispetto alla possibilità, in dottrina non colta, che D.22,1,34, invece di essere interno alla catena di testi di L.530, sia stato escerpito da una parte diversa del commentario ulpianeo al *SC.Iuv.* e, in particolare, in relazione alla responsabilità del *malae fidei possessor.* Un appiglio potrebbe essere visto in D.5,3,25,4[72], testo sicuramente raccorciato, interno al commento dei *verba senatusconsulti "eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent"*. Ulpiano qui citava un giurista (? *inquit*) che avrebbe affermato l'obbligo di *praestare* non solo i *fructus percepti*, ma anche quelli *percipiendi*. In un tale àmbito poteva forse inserirsi D.22,1,34, in quanto l'equiparazione in materia di fedecommessi, di legato, e di giudizi di buona fede tra interessi e frutti troverebbe una possibile conferma nella autonoma individuazione come causa di un debito di interessi della *conversio in usus proprios*[73].

Le ragioni che mi portano a condividere, però, l'ipotesi del Lenel e del Kaser sopra richiamata – che l'attuale stesura di D.5,3,20,3 in fine (*sed et partus ancillarum... augent hereditatem*) sia il risultato di un taglio che ha spostato nella parte *de fructibus* del commento al SC.*Iuv.* l'ampio approfondimento della regola *fructus omnes augent hereditatem* che originariamente vi si trovava e che comprendeva anche l'attuale D.22,1,34 – sono legate al tenore del frammento, ed in particolare all'ultima frase di esso che lo inserirebbe coerentemente nel contesto di L.530.

La sequenza dei testi non aveva, peraltro, a mio avviso l'ordine proposto dal Lenel e seguito dal Kaser, ma vedeva, dopo l'affermazione di principio di D.5,3,20,3 (*fructus autem omnes... accesserint*), proprio il frammento ora

tra ordinem dell'erario e non alla *hereditatis petitio* dei privati, vd. con ipotesi di spiegazione diverse che mantengono la loro plausibilità A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico*, Catania 1945 [= in *Labeo* 10, 1964, 364 ss.; = in *Pagine di diritto romano*, Napoli 1994, V, 182 ss., in particolare 235 ss.]; F. ARCARIA, *Senatus censuit* cit., 223 ss.; M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbaschaftsklage*, Köln-Weimar 1998, 334 ss.

[72] *Sed et fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos.*

[73] G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae cd. legali nel diritto romano*, Milano 1969, 13 ss.; ID., *Usura (dir.rom.)*, in ED.XLV 1992, 1125 sgg

collocato dalla commissione edittale in D.22,1,34, seguito e non preceduto da D.5,3,25,20; 27; 29[74].

Un indizio di questa collocazione mi sembra la frase finale di D.22,1,34: *hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.*

Obventio[75] è concetto ulpianeo utilizzato in materia di usufrutto per esprimere ogni 'reddito' percepibile dalla cosa in usufrutto ed in particolare le mercedi locative percepibili dagli edifici e dalle aree (Ulp. 17 *ad Sab.* D.7,1,7,1)[76].

L'uso poi del futuro (*dicemus*) anticipa proprio la successiva parte di commento relativa alle pensioni locative, considerate peraltro *loco fructuum* (D.5,3,27,1; 29). Al contrario esso assumerebbe un tono quasi contraddittorio se D.22,1,34 si trovasse alla fine della catena di testi richiamata.

Ricostruito in via d'ipotesi il contesto originario dell'affermazione iniziale del frammento, quello della regola relativa al *restituere* in materia di *hereditatis petitio* formulare che *fructus omnes augent hereditatem*, bisogna approfondire il significato di essa.

Il *vicem*, a mio avviso, non implica una analogia tra *fructus* e *usurae* ma l'equiparazione di due distinti concetti dal punto di vista delle regole applicabili[77]. In particolare, proprio rispetto alla regola sopra richiamata incidente sull'entità del *restituere* del possessore dell'eredità, si equiparano gli interessi del danaro ai frutti per il computo del valore dell'*hereditas* oggetto di *petitio*. Gli eventuali interessi percepiti anche prima del processo dal possessore dalle somme di danaro dell'asse ereditario 'accrescono' l'eredità così come i frutti, e quindi debbono essere restituiti con essa al vero erede.

La prospettiva della equiparazione del regime giuridico applicabile a *usurae* e *fructus* in materia illumina altresì il senso della frase successiva (*et merito non debent a fructibus separari*)[78]. Essa, infatti, evoca una posizione contraria che in materia separava *usurae* e *fructus* in relazione al contenuto del *restituere* processuale. Il *merito* implica, invece, che Ulpiano condivideva una equiparazione delle regole giuridiche applicabili in materia.

[74] In sostanza sarebbe questo per somme linee l'ordine del fr. originario: *...fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. / Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari... hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus. / Augent hereditatem gregum et pecorum partus. [sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem] Ancillarum etiam partus...quamquam fructus esse non existimantur,... augent tamen hereditatem.../ sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient <in hereditatis petitione>.../ Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa qua sunt pensiones. item vecturae navium et iumentorum.*

[75] Superficiale la critica del BESELER, *Romanistischen Studien*, in T.10, 1930, 175. Vd. peraltro nel senso qui seguito già F.K. VON SAVIGNY, *System* cit. VI, 141.

[76] Sull'inserzione ulpianea nel lemma di Sabino dell'*obventiones quae sunt ex aedificiis ex areis et ceteris* vd. G. NEGRI, *Diritto minerario romano* I, Milano 1985, 206; 209-210 n. 61.

[77] Di «Gleichstellung» parla M. KASER, *Die Passivlegitimation* cit., 122. Il BRETONE, *Frutti* cit., 666 n. 25, accentua il collegamento del *vicem fructuum* col *loco fructuum* delle mercedi locative. A riguardo mi sembra altamente significativo il *legis vicem optinere* ricorrente in materia di fonti di produzione del diritto.

[78] Frase ingiustamente criticata per un presunto uso non classico di *merito*; vd. ad es. M. KASER, *Restituere*[2] cit., 44.

L'affermazione viene corroborata attraverso il richiamo di altri istituti ed azioni nelle quali è realizzata questa equiparazione nel regime giuridico e nelle regole applicabili tra 'frutti' ed 'interessi' in caso di mora nella restituzione, senza mai determinarne una confusione concettuale: nei legati e nei fedecommessi[79], nell'azione di tutela ed in generale negli altri *iudicia bonae fidei*[80].

La frase finale, infine, ritiene di estendere quanto detto anche agli altri proventi derivanti dalla cosa ereditaria che non rientrino a rigore nei 'frutti'. Il dato è confermato dalla qualifica ulpianea delle *mercedes* come *loco fructuum* (D.5,3,29), sempre all'interno della regola che *fructus omnes augent hereditatem*.

Dal punto di vista storico-dogmatico, quindi, in D.22,1,34 il rapporto tra *usurae* e *fructus* è sciolto da Ulpiano come equiparazione nell'applicazione ad entrambi delle regole giuridiche elaborate per individuare l'ampiezza del *restituere* nella *hereditatis petitio*, equiparazione che troverebbe conferma in una serie estesa di giudizi, *in primis* di buona fede. Tutto ciò, peraltro, all'interno di una più ampia risistemazione del rapporto tra *fructus* e 'redditi' *ex negotiatione*, la quale non opera logicamente in termini di 'identità' (*esse*), ma di assunzione del 'posto' (*vicem*) o del 'luogo' (*loco*) propriamente dei primi ai quali *ab origine* erano destinate alcune regole giuridiche ora applicabili ai secondi.

5. *La compilazione giustinianea*

Una visione d'insieme del rapporto tra *usurae* e *fructus* nella compilazione di Giustiniano passa inevitabilmente per l'eventuale attività di integrazione dei testi classici attraverso interpolazioni, per l'attività di produzione normativa in materia e per l'attività di escerpimento e di spostamento

[79] Per i fedecommessi in caso di mora vd. già Gai.2,280, da confrontare con Marc. D.36,1,46 [44],1. Per i legati l'affermazione generale si trova anche in PS.3,84: *ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possint*. Storicamente, però, la regola nasce con legati tutelati con azione avente *intentio incerta* (questa possibilità sfugge al RICCOBONO, Stipulatio *ed* instrumentum *nel diritto giustinianeo*, in ZSS.43, 1922 R.A., 349 e n.1), ed in particolare, come ci tramanda Gaio II,280 per il *legatum sinendi modo* in base ad un parere di Giuliano per *mora*. Sul punto vd. P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato*, 1936, 117; ID., *Diritto ereditario romano*, Milano 1963, II 392; M. KASER, *Restituere*[2] cit., 50; ID., *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnissrechts*, in ZSS.67, 1950 R.A., 346-347 n.45; N.o. D. BAMMATE, *Origine et nature du legs sinendi modo*, Lausanne Paris 1947, 74 ss. ed in particolare 76-77 n. 1; A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato* sinendi modo, Milano 1958, 97-102; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962[2], 376; G. CERVENCA, *A proposito di Gai 2.163 e 2.280*, in *Gaio nel suo tempo* Atti simposio romanistico, 1966, 25 ss.; ID., *Contributo allo studio delle «usurae» cd. legali* cit., 173 ss.; 177-178; V. GIODICE-SABBATELLI, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, in Sodalitas. *Scritti in onore A. Guarino*, 5, 2131 ss.; G. MACOURS, *Het testament van Jan Vonck en het Romeinse recht 1792-1814*, in T.57 1989, 386-388.

[80] A riguardo vd. per la correttezza dell'affermazione ulpianea, sia rispetto alla mora, sia rispetto alla *conversio in usus suos*, G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae»* cit., 13 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS.104, 1987 R.A., 542 ss.

di frammenti dal loro originario contesto nell'opera classica, in un certo titolo dei *Digesta*, da parte delle commissioni costituite per la redazione dell'opera.

In base alla prima angolatura, nei testi chiave sopra ricordati (D.50,16,121; D.6,1,62 pr. e D.22,1,34), non sono stati riconosciuti interventi esterni di modifica delle parole o di regole in essi espresse.

Dal punto di vista degli interventi normativi di Giustiniano in materia, sia nelle costituzioni del dicembre 528 (forse già contenuta nel primo *Codex* dell'aprile 529), dell'aprile e del dicembre del 529 raccolte nel *Codex repetitatae praelectionis* del 534 (C.4,32,26; 27; 28), sia in alcune Novelle, si evince chiaramente la volontà di diminuire il tasso massimo d'interessi solitamente praticato[81]. Non sembra, invece, emergere in questo contesto una preoccupazione dogmatica di precisare il rapporto tra *fructus* e *usurae*.

Risultati più incoraggianti si evidenziano nell'esame del lavoro delle commissioni in relazione al Digesto.

Da un lato, il titolo (D.22,1), la cui Rubrica "*De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*", fa emergere la tendenza ad accorpare concetti e problemi a questi afferenti, sentiti come vicini ma non sovrapposti, né confusi.

Dall'altro lato, proprio l'attività delle diverse commissioni mi sembra permettere alcune interessanti riflessioni.

D.22,1 assume la massa Papinianea come iniziale, in quanto proprio nella vasta opera di Papiniano si trova una complessa e penetrante riflessione sugli 'interessi', sebbene poi il frammento a questo riguardo probabilmente più significativo (D.6,1,62 pr.), già escerpito dall'opera del giurista classico durante la redazione di D.6,1, non vi sia stato inserito. In questa massa, peraltro, vengono anche escerpiti frammenti dall'opera monotematica di Paolo *De usuris* (D.22,1,17 pr.-8). La decisione di inziare da P è quindi frutto di una consapevole valutazione del materiale classico posseduto.

I frammenti escerpiti dalla commissione incaricata di spogliare le opere di P, così come quelli tratti dalle opere appartenti a S, non sembrano peraltro accentuare nella scelta operata dalle commissioni una consapevole presa di posizione rispetto al problema dogmatico posto dal rapporto tra *usurae* e *fructus*.

Conclusioni diverse, mi sembra, possono trarsi per quanto riguarda la commissione preposta allo spoglio di E. L'escerpimento di D.22,1,34 ed il suo contestuale spostamento dall'originario contesto in materia di *hereditatis petitio* (D.5,3), assume un significato centrale nell'operare di questa commissione. La L.34, infatti, è il frammento che apre E nel titolo 22,1 e quindi assume agli occhi di questa commissione un ruolo strategico[82].

D'altronde sempre da E si escerpisce e si sposta la regola di Q.Mucio

[81] Vd. a riguardo M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustinianea*, in *Studi Biscardi* II, 389 ss.; G. CERVENCA, *Usura (dir.rom.)*, in ED.XLV 1992, 1128; 1132 n. 103; 1134.

[82] Dato che trova conferma dal mancato rispetto dell'ordine di successione dei libri del commentario edittale inseriti in E.

contenuta nel commentario di Pomponio, inserendola nel titolo *de verborum significatione* (D.50,16,121). Ciò significa che se da un lato l'*usurae vicem fructuum optinent* (D.22,1,34) ha un ruolo preciso nella sistematica del titolo 22,1, d'altro lato sotto il profilo delle regole esso non era inteso dalla commissione che l'aveva escerpito come espressione fondante di una identificazione tra 'frutti' e 'interessi'. Al contrario, la *significatio* propria di *usura* è vista nella regola muciana che *usura pecuniae in fructu non est.*

Tale *modus operandi*, che può sembrare al giurista moderno un'operazione di difficile e complessa esplicitazione in sede interpretativa del significato e della portata dogmatica da essa realizzata, condiziona la storia giuridica successiva del problema, soprattutto in epoche nelle quali l'approfondimento storico e la contestualizzazione tematica del dato tramandato dal frammento è negletto rispetto al suo valore dogmatico. In particolare si facilita una lettura che astrae l'affermazione del giurista romano dal contesto originario nella quale essa è stata fatta (legato d'usufrutto per la regola muciana di D.50,16,121; il contenuto del *restituere* processuale nella *rei vindicatio* e nella *hereditatis petitio* in Pap. D.6,1,62 pr.; il *restituere* processuale nella *hereditatis petitio* in Ulp. D.22,1,34).

I tre frammenti sopra menzionati sono, infatti, già oggetto di confronto nella discussione tra gli *antecessores* coevi o di poco successivi alla compilazione giustiniana. In particolare, sembra emergere una linea interpretativa che nel conciliare i tre frammenti nega ai *tokoi* la natura di *karpoi*. Essenziali a riguardo sono gli scolii a B.23,3,34 (= D.22,1,34), in quanto il titolo B.2,2 è *restitutus* essenzialmente attraverso la *Synopsis* e B.15,1,62 (=D.6,1,62 pr.), tratto probabilmente dalla *Summa* dell'Anonimo, non richiama più l'*etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur*[83].

Nello sch. Στεφάνου a οἱ τόκοι τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν (B.23,3,34; Heimbach II, p. 712; Scheltema B IV, pp. 1679-1680 = D.22,1,34), si ritiene che l'affermazione di Ulpiano debba essere intesa nel senso di considerare dovuti i *tokoi* quando con l'azione principale si ha diritto ai *karpoi*, con la differenza, però, che i *karpoi genomenoi* sono comunque dovuti, mentre i *tokoi* soltanto dopo la mora (*meta moran*). Per Cyrillus, l'*usurae vicem fructuum optinent* di Ulpiano avrebbe senso in quanto, in materia di legati e di azioni di buona fede, ai *karpoi* si equiparano tutti gli altri redditi (*kai ai allai prosodoi*), quindi anche i *tokoi*. L'Enantiophanes[84] accentua la eccezionalità dell'affermazione ulpianea, ribadendo la differenza già ricordata dallo Stephanus, ma aggiungendo il principio affermato in D.50,16,121 che «ὁ τόκος τῶν ἀργυρίων οὐκ ἔστι καρπός» e la diversa concezione tramandata da D.21,1,29 del *tokos* come διαφέρον (*id quod interest*). L'Anonimo, autore delle *paragraphai* alla *Summa Digesti* del *vetus Anonymus*, infine, cita, contro l'affermazione di Ulpiano, la regola (risalente a Labeone) che i *tokoi* sono dovuti nell'*actio pro socio* non in quanto τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν, ma in termini di διαφέρον (*id quod interest*). Salvo la generalizzazione di Cyrillus, che passa comunque per il concetto più ampio di πρόσοδος per giustificare l'affermazione ulpianea, lo sforzo comune è quello di chiarire i termini dell'aporia creatasi tra D.22,1,34 e D.50,16,121. Esso è la prova di una concezione del *karpos* che pur andando al di là del suo significato puramente naturale, verso il concetto di *prosodos*, ritiene vi siano ragioni sostanziali per negare al *tokos* natura di 'frutto'.

[83] Così anche gli scolii, putroppo mutili, di *Steph.* e dell'Anonimo.

[84] L'Anonimo *antecessor* (ca.612-690) autore di un *liber singularis* sulle 'antimonie' (περὶ ἐναντιοφανῶν) presenti nei *Digesta* di Giustiniano, forse da identificare con l'Anonimo autore delle *paragraphai* alla *Summa Digesti* del *vetus Anonymus;* vd. a riguardo G.H. HEIMBACH, *Prolegomena*, in *Libri Basilicorum LX*, VI, 15-16; ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Über den Verfasser und die Quellen des (Ps.-Photianischen) Nomokanon in XIV Titeln*, in *Kleine Schriften* II, 145 ss.; ed ora N. VAN DER WAL, *Wer war der Enantiophanes?*, in T.48, 1980, 125-136.

III. *Dal* Corpus Iuris Civilis *di Giustiniano ai Codici moderni*

1. *I concetti e le regole tramandati dal* Corpus Iuris Civilis *di Giustiniano*

Il sistema giuridico romanistico fondato sul *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano approfondisce il concetto di *usurae* rispetto a quello di *fructus* attraverso linee di pensiero già parzialmente tracciate dai giuristi romani. Nel seguire questo lento lavorio interpretativo postgiustinianeo, si acquisisce un privilegiato punto di vista per comprendere il complesso gioco di mutate metodologie, permanenze, resistenze e condizionamenti che, soprattutto nel settecento e nell'ottocento, si sono creati tra costruzione di un nuovo sistema del diritto privato sul diritto romano – attraverso il *Code Napoléon* da un lato e la Pandettistica tedesca dall'altro lato – ed esigenze economiche poste dallo sviluppo capitalistico[85].

La storia del pensiero giuridico occidentale sul rapporto tra 'frutto' e 'interessi' trova nei tre frammenti del *CIC.* sopra esaminati i suoi princìpi fondanti. Nell'affermazione di Papiniano (D.6,1,62 pr.) che «*vectura sicut usurae non natura pervenit, sed iure percipitur*»; nella regola muciana (D.50,16,121 Pomp. *6 ad Q.Mucium*) in base alla quale «*usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est*»; e nell'equiparazione di trattamento normativo risalente ad Ulpiano (D.22,1,34) che: «*usurae vicem fructuum optinent*». La predilezione data dagli interpreti ai concetti ed alle regole tramandati dal *Corpus Iuris*, piuttosto che alla casistica ed agli *exempla* in esso contenuti, è la conseguenza naturale di una maggiore resistenza dei primi al fattore tempo[86]. È stata essenziale l'interpretazione di questi testi per la co-

[85] Su questo tipo di problemi vd. ad es. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* II, trad.it. S.A. FUSCO, Milano 1980, 135 ss.; ID., *Diritto privato e società industriale*, trad.it., Napoli 1983, in particolare 24 ss. e 75 ss.; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in ED.XXXI, 1981, 597-603 in particolare 605-606; E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, in *Acta juridica et politica* 28, 1981, Szeged, 1 ss., in particolare 26-32; su cui vd. J. RÜCKERT, Rc. in ZSS.106, 1989 R.A., 702-706, in particolare 704-705; H. WAGNER, *Die Politische Pandektistik*, Berlin 1985, 115 ss.; su cui SCHRÖDER, Rc. in ZSS.106, 1989 R.A., 706-709; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorische Perspektive*, Hannover 1988.

[86] I. ZAJTAY, *Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und in Common*

struzione ed applicazione, nelle varie epoche, di un concetto di frutto che rispondesse via via alle diverse esigenze economiche, sociali e giuridiche.

Ciò si evidenzia già nei *Basilici*, dove l'importanza dei 'concetti' e delle 'regole' tramandati dal *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano condiziona anche lo spostamento all'inizio della compilazione macedone dei titoli (B.2,2 "Περὶ διαφόρων κανόνων δικαίου ἀρχαίου"; B.2,3 "Περὶ ῥημάτων σημασίας") corrispondenti nei *Digesta* a quelli di D.50,16 "*De verborum significatione*" e D.50,17 "*De diversis regulis iuris antiqui*".

2. *I Glossatori*

Nella *Glossa* di Accursio incontriamo un tentativo di sintesi della questione, emersa in una riflessione giuridica che tale opera fa propria. Nella *gl.«frugem...», l. frugem, ff. de verb. sign.* [D.50,16,77], si coglie un rapporto di *genus-species* tra *reditus* e *fructus*: «*cum omnis fructus sit redditus. sed non e contra. quia partus est redditus: non tamen est fructus*». Nelle *gl.« Usura.non est»*, e *gl. «alia causa», l.Usura, ff.De verb sign.* [D.50,16,121] si afferma che la negazione della natura di 'frutto' agli 'interessi' del danaro sarebbe coerente da un lato con il regime giuridico che talvolta impone la restituzione dei 'frutti', ma non delle 'usure' (come in D.6,1,62 pr.), e d'altro lato con la natura di *accessio civilis* e non di *fructus naturalis* dell'*usura pecuniae*, sebbene, di regola, citando *ad adiuvandum* D.22,1,34, tali differenze sostanziali sarebbero minime[87].

Nella *gl.«non habendam», l.Et ex diverso, ff.De rei vindicatione* [D.6,1,35 pr.] si ha una fondamentale *distinctio fructuum*: «*Alii naturales, ut poma et similia; alii industriales ut segetes quae industria hominis queruntur. Item alii percepti, alii percipiendi... Item percipiendi dicuntur duobus modis: vel qui immaturi vel qui dominus eos percepisset.*».

L'accento è tutto sulla percezione dei frutti, in senso naturalistico, la cui produzione sia indipendente (*fructus naturales*) o dipendente dall'opera dell'uomo (*fructus industriales*)[88]. La categoria della *accessio civilis* (gl. «*alia causa*» *l. usura ff. De verb. segn.* [D.50,16,121]), nella quale si attrae l'*usura pecuniae*, rappresenta l'indizio dei limiti dogmatici, sentiti come insuperabili, di *fructus*. Gli interessi pecuniari si acquistano a chi ha dato in prestito la somma di danaro in termini di accessione 'civile'. Essi sono sentiti, forse,

Law, in *Arch. Civ. Praxis* 165, 1965, 97 ss., in particolare 107 ss.; P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Studia Pólay* 1985, 167 ss. [= in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* I, Torino 1990, 89 ss.].

[87] *Gl.«usura.non est», l.usura, ff.De verb.sign.*: « non semper ubi venit unum venit reliquum: ut in male fidei poss. hereditatis: qui de percipiendis fructibus tenetur... sed de usura pecuniae non. si eam non attingat... sed tamen plerumque ubi venit unum et reliquum: ut *ff. de usur. l.usurae* <D.22,1,34>»; *gl. «alia causa» l.usura, ff.De verb.sign.*: «nam est accessio civilis: sed fructus naturalis. ut *ff. de rei vind. l.si navis* <D.6,1,62 pr.>».

[88] Vd. E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano 1964 rist. emendata, 68; R. TRIFONE, *Le cose e i diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Napoli 1947, 35 ss.; ID., *La divisione dei frutti secondo il diritto feudale e il diritto comune*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto* IV, Verona 1951, in particolare 466 ss.; ID., *Frutti (dir. intermedio),* in ED.XVIII, 1969, 199-200.

come metaforicamente più vicini alla *adluvio* (*incrementum latitante*) che all'*insula in flumine nata* (*incrementum separatum*) (D.7,1,9,4).

Non si ha ancora la tripartizione dell'epoca dei commentatori, tra *fructus naturales, industriales et civiles*.

3. *I Commentatori*

È al BARTOLUS A SAXOFERRATO che si deve la correzione della distinzione presente nella *Glossa* di Accursio[89]. Partendo da quella che afferma essere la *prima divisio*, Bartolus ritiene di migliorarla aggiungendo ai *fructus naturales* («*ut poma, et similia*») e ai *fructus industriales* («*ut segetes qui industria hominum queruntur*»), la categoria dei *fructus civiles*, che comprenderebbe: «*pensiones domorum, vecturae navium, et similia, qui non ex re, sed ex previsione hominis queruntur, et percipiuntur propter rem, L.si navis, in principio ibidem* [D.6,1,62 pr.].»[90].

È altamente significativo in questo contesto che la formulazione di una classe di 'frutti civili', accanto a quelli 'naturali' ed 'industriali', se da un lato segna l'acquisizione dogmatica di una specie che grandissima importanza avrà nel pensiero giuridico successivo, d'altro lato non implica ancora, se non in termini di potenzialità interpretative espresse dall'«*et similia*», l'attrazione delle *usurae* nei *fructus civiles*. L'ipotesi paradigmatica di questi, in base a D.6,1,62 pr., è vista nelle 'mercedi' locative, il che condiziona la nozione che si dà dei 'frutti civili' in termini di 'frutti' che sono percepiti non '*ex re*', ma '*propter rem*'.

4. *Duaren, Cujas e Doneau*

La rinnovata riflessione dogmatica fondata su un riesame esegetico delle fonti romane operata dai Culti, condiziona dinamiche interpretative non sempre riconducibile a momenti di coerenza.

[89] E. BESTA, *I diritti sulle cose* cit., 68-69; R. TRIFONE, *Le cose* cit., 39-40; ID., *Frutti* cit., 200. La *divisio fructuum* della *glossa ordinaria,* centrata sui frutti naturali e industriali, è seguita, invece, dal Cino da Pistoia, *Cyni Pistorensis in Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est digesti veteris doctissima commentaria*, Ristampa anastatica dell'ed.Francoforti ad Moenum 1578 (Torino 1964), f.170, col. 4 n. 2. La liceità della mercede locativa a differenza delle *usurae* sarebbe poi giustificata in base al fatto che «naturali iure ad illud pertinet emolumentum, cuius est periculum ut *ff.De re.iud. l. secundum naturam*: Sed si tibi loco equum meum est periculum; Sed non si tibi mutuo pecuniam». Dato che «in re mea debeo habere emolumentum, non in aliena» non è legittimo richiedere le *usurae* sulla *pecunia* data a mutuo, in quanto «ubi tibi mutuo, in te dominium transfero», *op. ult. cit.*, f.248 col.4- f.249 col.1. Il BALDUS DE UBALDIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria* cit., I, f.294 lex 62 Si navis [D.6,1,62 pr.], riconosce nell'argomento riportato anche in Cino da Pistoia la *vetus ratio*, quella propria dei giuristi romani. Mentre «hodie est alia ratio, quia usura est illicitus quaestus... sed quare est magis illicita usura quam pensio? respondeo, quia ille qui percipit pensionem percipit eam ex re sua», a differenza del mutuo di danaro che comporta il trasferimento della proprietà al mutuatario. Di qui la definizione che Baldo *In secundam Digesti veteris partem commentaria* cit., II f.171, lex 19, dà del *fructus* come «quicquid ex re percipitur. Item pensio et omnis utilitas rei accedens».

[90] BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, in *Opera*, Venetiis 1575, I, ff.172-173.

Il DUAREN afferma in materia: «*Usura est quod pro usu pecuniae exigitur... Fructus autem multum differt ab usura. Nam fructus ex re ipsa nascitur l.usura de verb. sign.*[D.50,16,121], *l. si navis de rei vind.* [D.6,1,62 pr.]. *Usura non ex corpore nascitur. Causa est, quod non immediate proficiscitur ex re, de qua quaeritur, sed occasione ejus rei provenit*»[91]. E, specificamente sulla *divisio fructuum*, dopo aver ricordato i *fructus naturales et industriales* dice: «*Alii addunt civiles fructus. Civiles fructus dicuntur, qui pro fructu habentur civili quadam interpretatione, quamvis proprie fructus non sint, ut sunt mercedes locationum et pensiones praediorum, quae non nascuntur ex ipso corpore, sicut vinum nascitur ex fundo, sed civili quadam ratione habentur pro fructu. Ideoque non male mihi videntur appellari civiles fructus, quamvis hoc aliis displiceat: nihil tamen fuit opus tertiam speciem fructuum constituere, satis erat duas species constituere. Nam hi civiles sub alterutro membro statui possunt. Videndum est enim, an hae mercedes et pensiones percipiantur hominis facto, diligentia et opera, an non, vel si naturaliter tantum percipiantur*»[92]. La categoria dei *fructus civiles* comprende solo le pensioni locative che, in base alla «ragione civile», si hanno *pro fructu*. Il ricordo di una discussione in materia è caratterizzato dalla possibilità di considerare questa terza classe di frutti come una particolare espressione dei 'frutti industriali', in quanto anch'essa condizionata dal *factum hominis*. Di grande rilevanza per la storia dogmatica successiva, poi, è l'individuazione della *causa* degli interessi nella *occasio rei*.

Anche l'opera del CUJAS dimostra di seguire una linea non sempre coerente in materia. Mentre l'«*usura est ad sortem sive quantitatem, quae debetur quacumque ex causa, accessio ex conventione, vel ex officio judicis. Fructus sunt fruges et quaecumque nascuntur e terra, vite, arbore, et quidquid pecora ferunt*»[93]. Si coglie, qui, un'eco della posizione seguita da Accursio. Ed ancora: «*Et hoc distant fructus ab usuris, quae in bonae fidei judiciis non praestantur nisi ex mora...Habuimus unam differentiam in l.si navis, quod usuras non praestat debitor, qui pecuniam non exercuit, nauta fructus praestat, id est, vecturas qui navem non exercuit. Addamus hinc differentiam istam et utramque; ad l.usuras h.t. dum ait usuras vicem fructuum obtinere: nam his duobus casibus separandae usurae a fructibus*»[94]. Altrove, il Cujas sembra tentare un superamento della concezione tradizionale, quando, attraverso una metonimia passa da un «*Usura est fructus pretii pecuniae*» ad un «*usura est fructus pecuniae*»[95]. Il momento di riflessione più importante emerge, però, nel commento di D.50,16,121: «*Usura mutuatae pecuniae non est in fructu: fructus enim non est legitimum, sed naturale no-*

[91] *Francisci Duareni jurisconsulti in septimam partem pandectarum sive digestorum commentarii*, in *Opera omnia*, ed. Lucae 1766, III, 499.

[92] *Op. ult. cit.*, 501.

[93] *Jacobi Cujacji paratitla in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum*, in *Opera omnia*, ed. Neapoli 1722, I, col. 780 B.

[94] *Commentaria accuratissima in libros Quaestionum summi inter veteres jurisconsulti Aemilis Papiniani*, in *Opera omnia* cit. IV, col. 132 B-C.

[95] *Commentaria in librum primum Responsorum Aemilis Papiniani*, in *Opera omnia* cit., IV, col. 888 D.

men, id est, fructus est, quod natura provenit, at usura naturaliter ex pecunia vel mutuo non nascitur, sed ex nova obligatione, id est ex stipulatione»[96]. Coerente alla concezione più rigorosa, egli svaluta la stessa natura di frutti delle pensioni locative, in quanto «*non esse in fructu, quia ex ipso corpore non proveniunt naturaliter, sed ex jure, id est, ex obligatione locati conducti*»[97].

Il DONEAU[98], dopo aver ribadito il collegamento tra *fructus* e *frui*, ritiene essere 'frutto' «*quicquid res ad usum nostrum pariat*». Avremmo quindi un significato 'proprio' di *fructus*, come ciò che si percepisce dal 'corpo' di una cosa, come il frumento e i legumi dalla terra, le noci e la frutta dagli alberi, i feti, il latte, la lana dagli animali («*qui ex corpore cuiusque rei percipiuntur, ut ex agris frumenta, legumina: ex arboris nuces, poma: ex animalium foetus, lac, pilus, lana, et cetera*»). Per analogia, poi, sarebbe 'frutto' «*omnis obventio, omnisque reditus*» che è percepito da qualcosa, anche se provenga in modo estrinseco da essa (*qui ex re quaque percipitur, etiam si extrinsecus venit*), come ad esempio «*praediorum urbanorum pensiones, quae ex locationibus percipiuntur... itemque caeterarum rerum locatarum mercedes, servorum operae, vecturae navium atque iumentorum*». Se poi si tratta di *res incorporales* oggetto di azione reale, come il *ius eundi agendi*, allora sarà numerato nell'obbligo di restituzione dei frutti il *commodum petitoris* relativo all'esercizio di tale diritto una volta instaurata la controversia. Per il Donaeu bisognerebbe ritenere che per frutto si intenda ogni *commodum*, ogni *utilitas* che sia lecito percepire dall'uso di una cosa («*in fructu cuiusque rei esse intelligatur commodum omne, omnisque utilitas, quam ex usu eius rei percipere liceat*»). Per questo motivo le fonti tramanderebbero la regola che *fructus rei est, vel pignori dare licere* (D.50,17,72 = D.22,1,49, Iav.l.3 *ex post.Lab.*)[99].

È evidente che il ragionamento sviluppato dal DONEAU, partito dal concetto di *fructus* come 'frutto' *ex corpore*, esteso, poi, al *reditus ex re, etiam si extrinsecus*, e concluso con l'*omne commodum omnisque utilitas quae ex usu rei percipere liceat*, esprime, attraverso passaggi logici concatenati, ma implicanti sviluppi interpretativi, una costruzione dogmatica complessa del concetto di 'frutto'. Per verificare la sua tenuta, è essenziale l'approfondimento del concetto di *usurae*: «*Hinc etiam vere dictum est, usuras vicem fructuum obtinere: quippe quae locata pecunia ex eius usu percipi possint L.usurae, hic* [D.22,1,34]. *Quam ob caussam fit etiam, ut earum ratio in bonae fidei iudiciis, et legatis post moram habeatur: scilicet, quia in his post moram debeantur fructus. Re vera tamen in fructu non sunt: quia ne-*

[96] *Recitationes solemnes ad Titulum XVI De verb.sign. Lib.L Dig.*, in *Opera omnia* cit., VIII, col. 576 B.

[97] *ibidem*, col. 576 C.

[98] Su cui vd. ora P. STEIN, *Donellus and the Origins of the Modern Civil Law*, in *Mélanges F. Wubbe*, éd. J.A. ANKUM et alii, Fribourg 1993, 439-452; e all'interno di una particolare problematica, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 227 ss.

[99] HUGO DONELLUS, *Commentariorum in selectos quosdam titulos digestorum volumen primum*, in *Opera omnia* X, Maceratae 1832, caput III "De fructibus", coll. 1405 ss., le parole riportate sono in coll. 1407-1408.

que ex corpore rei percipiantur; neque, si vero iudicare volumus, ex usu rei, cum pecuniae nullus sit usus, nisi pecunia consumatur. Qui usus rei non est, sed abusus. Quo pertinet L.usura, De verb.significat. [D.50,16,121]... »[100].

Il pensiero del DONEAU oscilla tra due possibili letture. Se da un lato l'apertura riconosciuta al significato di *fructus* come *reditus ex re* potrebbe portare a concludere nel senso che le *usurae* siano come 'frutti' (interpretando quindi in tal senso l'affermazione di Ulpiano in D.22,1,34), d'altro lato mancherebbe nel caso degli 'interessi' del danaro la possibilità di una loro *perceptio* sia *ex corpore rei*, sia *ex usu rei* (come invece per le mercedi locative), perché l'uso del danaro comporta comunque la sua consumazione. Il principio espresso, allora, in D.50,16,121 sembrerebbe quello più coerente sul piano dogmatico, confermato dal fatto che il soccombente, convenuto con un'azione di stretto diritto, è tenuto a corrispondere i frutti dalla *litis contestatio*, ma non le *usurae*.

Nel *caput* dedicato dal DONEAU al titolo *De usuris*, egli afferma che «*caeterarum rerum fructum, pecuniae usuram proprie dicimus*», citando a sostegno D.50,16,121, ma poi conclude: «*quae tamen cum tantum fructus afferat, quantum si ex corpore ipso perciperetur, afferret: recte dictum est ab Ulpiano in L.usurae, hic, usuras vicem fructuum obtinere*». Si accetta in sostanza il discorso ulpianeo nei limiti dell'equiparazione, in chiave di sostituzione nel ruolo, degli effetti sostanziali (*vicem...*), ma non la confusione dogmatica tra i due concetti.

Quella del Doneau, a differenza di quella del Duaren e del Cujas, sarà la via che, come vedremo, risulta più proficua per la scienza giuridica dei secoli successivi, quando matura una concezione dei 'frutti civili' nella quale verranno compresi anche gli 'interessi'. Val la pena, però, evidenziare che la categoria dei *fructus civiles* come frutti 'corrispettivi' della concessione del godimento della cosa, non nasce in relazione all'*usura pecuniae,* ma ad altre ipotesi, e che tale resistenza della nozione persiste fino ai codici dell'ottocento.

5. *Il divieto dell'usura nel* ius canonicum*: alcuni richiami*

La contemporanea riflessione sul divieto delle *usurae* nel pensiero dei canonisti contribuisce a resistere alla valutazione delle *usurae* come 'frutti' (civili) del danaro.

Il divieto trova nelle fonti vetero- e neo-testamentarie il suo momento dogmatico fondante e nella concezione del danaro come cosa naturalmente sterile la sua conferma di natura economica.

Da un lato, il divieto di prestare danaro ad interessi a chi appartenga al 'popolo' eletto (*'âm*), al 'fratello' (*'âḥ*) (*Es.* 22.24; *Lev.* 25.36-37; *Deut.* 23.20), fatta salva la liceità del prestito ad interessi allo 'straniero' (*nokrì*) (Deut. 23.21). D'altro lato il δανίζετε μηδέν απελπίζοντες di *Luc.*6,35 [Ne-

[100] HUGO DONELLUS, *Commentariorum* cit., col. 1409.

stle-Aland], reso nella *Vulgata* da S.Gerolamo nel famoso «*mutuum date nihil inde sperantes*»[101].

Infine, i processi interpretativi innestati nel pensiero tomistico dai princìpi aristotelici: della 'sterilità' e della 'consumabilità' del *nomisma* (*Pol.*I,3,16 1257b) e del *tokos* come *para physin* (*Pol.*I,3,23 1258 b)[102].

La sostanziale convergenza in materia tra pensiero patristico[103] e canoni conciliari[104] fin dai primi secoli, concorre a rafforzare il pensiero canonistico sul divieto delle usure, divieto imposto con la *renovatio imperii* a tutti i sudditi del Sacro Romano Impero.

Da Graziano al XV secolo il divieto non subisce d'altronde sostanziali modifiche[105].

Si viene così a determinare una convergenza tra legisti e canonisti in materia di *usurae* che durerà per molto tempo[106]. Essa da un lato verrà incrinata solo dalla dottrina calvinista[107] per quanto riguarda le basi etiche su cui poggiava la dottrina cristiana contro l'usura[108] e dall'altro lato subirà proprio

[101] Vd. a riguardo A. BERNARD-G. LE BRAS-H. DU PASSAGE, *Usure*, in *Dict. Théol. Cath.* XV/2 1950, coll. 2316 ss.; B. NELSON, *Usura e cristianesimo*, trad.it. S. Moravia, Firenze 1967, 19 ss.; B. CLAVERO, *Usura. Del uso economico de la religión en la historia*, Madrid 1984, passim; ID., Antidora. *Antropología católica de la economia moderna*, Milano 1991, 22 ss. ; 77 ss. l'A. parla peraltro del divieto d'usura come elemento di «resistencia popular frente al capitalismo» 24; U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica*, in RSDI.66 1993, 51 ss., in particolare 57 ss.; C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale. Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al danaro e all'usura*, in *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. SCHIPANI, Padova 1995, 205 ss.

[102] Vd. S. Thoma, *quaest.* 78,1: «...accipere usuram pro pecunia mutuata est secundum se iniustum; quia venditur id quod non est... quaedam res sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio... ». Sull'influsso del pensiero di S. Tommaso rispetto alle *usurae* nella seconda scolastica spagnola vd. ora B. CLAVERO, *Antidora* cit., 77 ss. de Vitoria; Soto; Navarro; Lugone.

[103] Sul pensiero di Basilio, vescovo di Cesarea 330-379, di Gregorio, vescovo di Nissa '335-394-395, di Giovanni Crisostomo ?344-407 in Oriente, e di Ambrogio, Gerolamo e Agostino, in Occidente, vd. M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili* cit., 310-325.

[104] Nei canoni conciliari si accentua inizialmente soprattutto il divieto rispetto ai *clerici.* Fatto salvo, infatti, il concilio di Elvira del 305-306 (*si quis etiam laicus accepisse probatur usuras, et promiserit, correctus iam, se cessaturum, nec ulterius exacturum, placuit ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate duraverit, ab ecclesia esse proiciendum*; can. 20 =BRUNS, *Canones apostolorum et conciliorum sec. IV-VII*, II, Berolini 1839, 5), bisogna aspettare il primo canone del concilio di Clichy del 626 per trovare un'estensione esplicita del divieto *omnibus Christianis.* Sul punto vd. M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili* cit., 351 ss.

[105] Vd. un sintetico quadro in P. COLELLA, *Usura (dir.can.)*, in ED.XLV, 1992, 1149-1150.

[106] Vd. ad es. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie Libro IV Delle obbligazioni artt. 1277-1284* in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna 1963 rist., 575 ss.; P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960, 131-134; B. SCHNAPPER, *La repression de l'usure et l'évolution économique XIII-XVI siècles*, in T.37 1969, 47 ss.; M.A. BENEDETTO, *Usura*, in *Noviss.DI.* XX 1975, 371 ss.; U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili* , Köln-Wien, 1975, in particolare 104 ss.; e di recente R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Deventer-Boston 1990, 170 ss.; M. BOARI, *Usura dir.intermedio*, in ED.XLV 1992, 1135 ss.

[107] A riguardo vd. il fondamentale saggio di M. WEBER, *Die protestantischen Sekten und der Geist des Kapitalismus*, trad. it. Milano 1977.

[108] A. BERNARD - G. LE BRAS - H. DU PASSAGE, *Usure*, [rispettivamente] *I.La formation de la doctrine ecclésiastique sur l'usure – II. La doctrine ecclésiatique de l'usure à l'époque classi-*

durante le grandi codificazioni una riconsiderazione delle sue basi strettamente giuridico-dogmatiche alla luce della rivoluzione industriale su base capitalistica.

In relazione alla prima, si accentua nella storiografia giuridica l'importanza della nuova giustificazione dogmatica data alle usure in giuristi vicini agli ambienti della Riforma, come il Molinaeus o il Salmasius. Si sviluppa, infatti, la concezione che gli interessi sono il corrispettivo *propter usum pecuniae*, riflessione che invece abbiamo visto ancora negata da Donello in base alla natura di cosa (civilmente) consumabile del danaro[109].

6. *Il giusnaturalismo*

Solo per tracciare alcune linee, mi sembra che proprio nel giusnaturalismo laico le giustificazioni dogmatiche emerse nella giurisprudenza più vicina agli ambienti della Riforma vengano più delle altre sviluppate.

In Olanda, GROTIUS esplicitamente ragiona in analogia al rapporto tra comodato e locazione, per contrastare la *receptior sententia* in base alla quale le *usurae* per *ius naturale* sarebbero vietate. Come in quei contratti, infatti, *pro usu rei pretium exigere illicitum non sit*, così anche rispetto al prestito di danaro sarebbe possibile pretendere gli interessi. Né rilevante sarebbe l'argomento della naturale sterilità del danaro, perché anche le case ed altre cose naturalmente infruttifere, possono divenire fonte di reddito in base all'*hominum industria*. Né l'argomento della consumabilità della *pecunia* è considerato rilevante, in quanto dopo l'introduzione del Senatoconsulto sul cd. quasi-usufrutto sarebbe possibile cedere un qualsiasi *ius* verso corrispettivo. Riconosce peraltro la coerenza del divieto nella *lex divina* (dall'Antico Testamento, al Nuovo, ai Padri della Chiesa)[110].

Il Grotius precisa altresì dogmaticamente la differenza tra le *usurae ex pacto*, quelle risarcitorie (del lucro 'certo' cessante; delle spese; del pericolo corso) e quelle che possono qualificarsi effettivamente come 'corrispettive' dell'uso del danaro (*pro usu pecuniae*)[111].

Lo stesso libro V del *De iure naturae et gentium* del PUFENDORF, rispetto alla problematica degli interessi, è tutto orientato verso la critica delle posizioni fondanti il divieto d'usura. A riguardo, assumono somma importanza, oltre agli argomenti portati contro le tesi che il Pufendorf ascrive nell'àmbito della *lex divina* e del *ius naturae*, le riflessioni sull'inconsistenza delle

que – III. La doctrine a partir du XVI siècle, in *Dict.de Théologie catholique* XV/2 1950, coll. 2316 ss.; H. LÜTHY, *Il prestito contro interesse e la competenza della teologia in materia economica*, in *Da Calvino a Rousseau*, trad.it. A. Martinelli, Bologna 1971, 75 ss.; B. CLAVERO, *Antidora* cit., 77 ss.

[109] Sul punto U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili* cit., 108 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 174-175; di recente ricostruisce i sottili fili del rapporto di du Moulin con i teologi della Riforma, R. SAVELLI, *Diritto romano e teologia riformata Du Moulin di fronte al problema dell'interesse del denaro*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIII, 1993 , 291 ss.

[110] H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, rist. anast. dell'ed. critica del 1939 edita da Brill; Aalen 1993, II, XII *De contractibus*, XX, 352-353.

[111] H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis* cit., II lib., XII De contr., XXI, 353-354.

ragioni dogmatiche che avrebbero fino alla sua epoca portato a negare la pretendibilità degli interessi sul prestito di danaro[112]. Il ragionamento si svolge tutto sull'analogia tra gratuità del comodato e onerosità della locazione per il prestito di cose di specie, e gratuità del mutuo senza interessi ed onerosità di quello ad interessi[113]. D'altronde la stessa natura sterile del danaro non sarebbe decisiva, in quanto proprio l'individuazione di cose per natura infrugifere che per l'*industria hominis* possono produrre reddito, permetterebbe anche nel caso del prestito di danaro di ascrivere gli interessi nella classe dei 'frutti civili' come le pensioni locative[114].

Anche Christian WOLFF riconosce che «*usurae in se illicitae non sunt, naturaliter quantitas definienda ex usu pecuniae, cuius causa creditur debitori*»[115]. Gli interessi divengono il corrispettivo della concessione dell'uso del danaro, distinti dalle mercedi dal fatto che si tratta dell'uso di cose consumabili[116].

In questo modo si svaluta l'argomento della diversa natura del contratto di mutuo, che implica nella concessione d'uso della somma di danaro il trasferimento della proprietà, argomento tenuto fermo come abbiamo visto da Bartolo ai Culti. Si apre oramai la via per una consapevole considerazione del danaro come 'capitale', che in termini di valore mantiene la sua inconsumabilità sebbene passi nella proprietà del mutuatario ed in questa veste diventa bene di cui si può concedere l'uso verso corrispettivo.

La giustificazione dogmatica della pretendibilità degli interessi per il danaro prestato che viene consolidandosi nel pensiero giusnaturalistico, verrà recepita nei primi codici con vicende alterne. Come vedremo, infatti, sia nell'area francese, che in quella tedesca si inseriscono delle modificazioni significative e si sovrappongono nuove esigenze che rafforzano una consolidazione degli 'interessi' come frutti civili al pari delle mercedi locative.

In Francia l'influsso della dottrina canonistica e delle regole che la tradizione giuridica romanistica tramanda in materia è molto forte.

Per il DOMAT, che ribadisce la 'innaturalità' dell'*usura* citando proprio D.6,1,62 e D.50,16,121[117], 'frutto' non sarebbe da intendere semplicemente in un «sens ordinaire des fruits que la terre nous produit», ma al contrario

[112] *Le droit de la nature et des gens*, trad. du latin par J. Barbeyrac, Basle 1771, II 95 ss.

[113] *Le droit de la nature et des gens* cit., 95-96.

[114] *Le droit de la nature et des gens* cit., 96.

[115] Chr. WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae Magdeburgicae 1750 [cito da *Gesammelte Werke*, Band 26, Hildesheim, 1969], 367-368 le parole riportate sono a 368.

[116] Di qui la possibilità di inserire il mutuo gratuito nei contratti-benefici, ed il mutuo ad interessi *faenus* in quelli onerosi; CHR. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, IV, Halae Magdeburgicae 1744 [in *Gesammelte Werken* cit., Band 20], 375 ss.; 987 ss. *usurae*.

[117] In particolare, in relazione alla liceità dell'*usura*, il DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. Paris 1771, 62, ritiene che contro di essa, oltre agli argomenti provenienti dalle fonti di origine biblica, «on peut dire de plus que cette licence de l'usure dans le Droit Romain y étoit injuste, par les principes des jurisconsultes même qui l'ont favorisée. Car on voit dans une loi tirée du premier, d'entr'eux, que le profit de l'usure n'est pas naturel, *usura non natura pervenit: sed jure percipitur. l.62 De rei vindic. usura pecuniae in fructu non est L.121 ff.De verb.sign.* Et ce qui est ajouté dans cette loi 62 *ff.De rei vindic.* que l'usure qui n'est pas un profit naturel, s'exige par un droit, ne signifie pas qu'elle fût dûe par aucune loi;...».

«ce mot signifie ici toutes les différentes sortes de revenus de quelque nature qu'ils puissent être. Et on pait les distinguer eu deux espece, l'une de ceux que la terre produit, soit d'elle-même et sans culture, comme le foin, les fruits des arbres, les bois taillis; les matieres des mines...; ou par la culture, comme les bleds et les autres grains. L'autre espece est des revenus qui ne sont pas des fruits de la terre, ni des choses qu'elle produise...; mais qu'on tire par l'industrie et par quelque soin, ou de quelque fonds, ou des animaux, ou de quelque droit réglé par les loix. Ainsi on tire les loyers d'une maison ou autre bâtiment... et divers autres droits de plusieurs natures»[118]. L'apertura di significato permessa al Domat dall'uso del concetto di *revenus* non si riflette, però, in una attrazione esplicita nei *fruits* degli *intèrêts*.

Il POTHIER ritiene che esistano due concezioni di 'frutto', una 'propria', quando «*quidquid ex re seu fundo nascitur et renasci solet*», ed una *latior significatio*, quando «*frugem pro reditu appellari*». Da ciò si dedurrebbe che «*stricte et proprie loquendo usura pecuniae in fructu non est;* D.50,16,121», sebbene «*civiliter... haec quoque fructibus annumeratur; quia abusive fructus sumitur pro omni utilitate quae ex re qualibet provenit. Quo sensu, etiam mercedes ex locatione navis...*»[119].

Nel suo *Traité de l'usure*[120] viene ribadita con forza l'«iniquità» dell'usura[121], il cui divieto sarebbe fondato sulle Sacre scritture, sulla tradizione giuridica[122], sulle leggi Reali[123], principio questo che non deve subire eccezioni nemmeno nel cd. prestito di commercio[124].

7. *Dalla Scuola storica alla Pandettistica*

La moderna dogmatica sui 'frutti' trova un particolare momento fondante nella Germania dell'ottocento ed in particolare nella scienza pandettistica. Qui si compie un ulteriore passaggio, che porterà a vedere il 'frutto' non solo come corrispettivo della concessione del 'godimento', ma come 'reddito' del capitale, sia questo agricolo, industriale, commerciale o finanziario. È chiaro che un tale salto concettuale, realizzato attraverso il ricorso alla metafora del 'frutto' del 'capitale' doveva trovare proprio nella scienza giuridica ancorata alla tradizione romanistica una certa resistenza, in quanto

[118] M. DOMAT, *Les loix civiles* cit., 202; vd. ora su Domat, F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di J. Domat*, Milano 1987.

[119] J. POTHIER, *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae*, ed. Parisiis 1819, IV, 663-664.

[120] In *Oevreus de Pothier*, Paris 1847, V, 63 ss.

[121] «C'est une règle de l'équité qui doit régner dans tous les contrats, que l'une des parties qui n'a pas intention de faire une donation à l'autre, ne peut être obligée à lui donner que l'equivalent de ce que l'autre de son côté lui a donné, ou s'est obligée de lui donner. Si on l'oblige à donner plus, l'équité qui consiste dans l'égalité, est blessée, et le contrat est inique» , *op. ult. cit.*, 64.

[122] *op. ult. cit.*, 65 ss.

[123] *op. ult. cit.*, 70 ss.

[124] *op. ult. cit.*, 72 ss.

in essa la penetrazione di concetti legati alle nuove spinte economico-sociali incontra una vischiosità nella persistenza dei concetti e delle regole che la tradizione dogmatica di cui i giuristi si fanno interpreti, tramanda.

Con esso, però, come è stato detto, si realizza una « saldatura formale dei rapporti tra capitalismo moderno e strutture giuridiche della tradizione romano-germanica»[125].

Da un lato la scienza economica, nella quale matura una concezione del danaro non più come mezzo di scambio e di valore di merci, ma come 'capitale' potenziale, che ne fa emergere il 'valore' d'uso non soggetto in quanto capitale a consumazione[126]. D'altro lato, la discussione maturata nella Pandettistica, che farà propria una concezione unitaria del 'frutto' come reddito del capitale.

Vale la pena in questa sede seguire sinteticamente le tappe di questa discussione.

Nei suoi *Elementa juris naturae et gentium*[127], HEINECCIUS ritiene leciti gli interessi sui prestiti attraverso una analogia con la locazione e in base al rispetto dell'altrimenti ingiustificato arricchimento del mutuatario e della necessaria corrispettività col pericolo corso dal mutuante.

Nell'area germanica d'inizio '800 la *communis opinio* è riassunta nel Commentario del Glück, che ritiene la distinzione tra 'frutti' naturali e civili idonea ad esaurire i significati possibili della parola, comprendendo nei secondi anche le *usurae*[128] giustificate in termini di corrispettivo della concessione dell'uso e di risarcimento del *lucrum cessans*.

Momento fondamentale che modifica la tradizionale interpretazione del rapporto tra D.50,16,121, D.6,1,62 pr. e D.22,1,34 si trova nel *Sistema del diritto romano attuale* del SAVIGNY[129]. Nel § 265 sugli effetti della *litis contestatio*, in particolare sull'ampiezza del *restituere*, egli distingue tra 'frutti' e acquisti 'casuali' / 'accidentali' (cioè non regolari); riconosce un significato

[125] Sono parole del C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano 1985, 13.

[126] K. MARX, *Il capitale*, III,1, trad.it. M.L. Boggeri, Milano 1977, dell'ed. Berlin 1949, 377-385 e 403 ss.. Val la pena riportarne un passaggio: «Il danaro – qui considerato come espressione autonoma di una somma di valore ... – può essere trasformato in capitale sulla base della produzione capitalistica, e attraverso questa *trasformazione* diventa, da valore dato, un valore che valorizza, che aumenta se stesso. Esso produce profitto... Con ciò esso acquista, oltre al valore d'uso che esso possiede come danaro, un valore d'uso addizionale, cioè quello di operare come *capitale... potenziale*» pp-403-404. Sull'analisi marxista vd. C.M. MAZZONI, *Frutti civili* cit., 34 ss. Per la critica della scuola economica di Vienna vd. E. VON BÖHM-BAWERK, *Kapital und Kapitalzins I. Geschichte und Kritik der Kapitalzinstheorien*, Jena 1921[4], I, 244 ss.; J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, Torino 1972, trad.it. Sylos Labini, 133 ss.

[127] Cito dall'ed. Venetiis, 1769, 320-323.

[128] CHR. FR. GLÜCK, *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, VIII, Erlangen 1807, §509, 252-264 [= *Commentario alle Pandette*, trad. it., Milano 1888, del § 590 di A. ASCOLI, VI, 207-214]. Da notare a riguardo che la nota inserita a confortare questa attrazione delle *usurae* nei *fructus civiles* cita sia D.22,1,34, sia D.50,16,121 (trad.it. 211 n. 51), dimostrando la difficoltà dogmatica di una sussunzione oramai considerata innegabile, ma che determinava una evidente incoerenza nel sistema fondato sulle fonti romane.

[129] F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin 1846-1847, § 265 ss., 101 ss. [=trad. it. di V. SCIALOJA, VI, Torino, 1896, 116 ss.].

originario di frutto, correlato alle leggi organiche della natura, ed un suo successivo significato giuridico. Quest'ultimo avrebbe come sua caratteristica la periodicità[130].

Accanto a questi acquisti, se ne hanno altri derivanti dalla conclusione di negozi giuridici riguardanti la cosa-madre e che quindi nulla hanno a che fare con le leggi della natura organica. Talvolta anch'essi assumono una cadenza periodica, sì da determinarne una assimilazione del trattamento normativo oppure un avvicinamento sostanziale in chiave analogica ai frutti[131]. Si parlerebbe quindi di frutti 'civili' in relazione in particolare alle pensioni locative e agli interessi di un 'capitale' (*Zinsen eines Capitals*)[132]. In quest'ultima classe l'acquisto della proprietà sarebbe fondata sulla *traditio* della somma di danaro.

La costruzione a sistema della materia dei frutti civili passa in particolare per un'interpretazione restrittiva di D.50,16,121 che è ritenuto non collidere con D.6,1,62 pr. e D.22,1,34. In particolare, proprio quest'ultimo frammento esprimerebbe l'analogia, in materia di restituzione processuale[133], tra interessi e frutti.

Questa tesi entra in crisi con le prime monografie ottocentesche dedicate specificatamente alla questione dei frutti.

Opera fondamentale in questo periodo è il contributo dell'HEIMBACH del 1843, il quale giunge a definire il frutto nel suo significato giuridico, come «tutte le cose mobili che sono prodotte da oggetti corporali, ..., attraverso la loro interna forza organica (*durch die ihnen inwohnende organische Kraft*), fatta salva la loro propria sostanza; e che hanno in sé la pretesa ad un'esistenza come cose separate ed autonome, nel rispetto degli scopi che gli uomini sono soliti ricollegare all'acquisto della cosa»[134]. Da questa definizione, che accentua la dipendenza 'organica' del frutto dalla cosa-madre, l'Heimbach trae le caratteristiche distintive del 'frutto' dal *partus*, dagli interessi del danaro, dalle *pensiones* e dalle *operae* degli schiavi[135]. Al di là della correttezza dell'interpretazione dell'Heimbach, l'A. coerente al metodo e agli interessi dell'epoca, rinuncia a disegnare un quadro della concreta complessità storica del problema, fissando un concetto di 'frutto' che privilegia la prospettiva 'naturalistica'.

Tale linea interpretativa trova nel lavoro del GÖPPERT del 1869 un'ulteriore conferma, venendosi con questo autore a porre la questione dogmatica di quale concetto tedesco dovesse essere utilizzato per esprimere gli «organische Produkte». La vischiosità che infatti si riconosce al concetto di «Früchte», porta il Göppert a preferire il concetto di «organische Erzeugnisse»[136]. I giuristi romani avrebbero utilizzato il concetto di *fructus* in un senso generico come «Erzeugnisse» (prodotti), ma determinandone uno stretto legame col concetto moderno di «Ertrag» (raccolto – utile – rendita)[137]. Dal punto di vista dei significati, si sarebbe partiti da un *fructus* non nel senso di oggetto del *frui*, ma nel senso di *frui* come attività. Ciò avrebbe significato soddisfare le proprie necessità alimentari, e solo in una seconda fase anche altri bisogni attraverso la percezione di prodotti nati dalla cosa in godimento. L'ultimo gradino di questo sviluppo sarebbe rappresentato per il Göppert dal significato di 'frutto' nel senso di ogni utile economico realizzabile attraverso la cosa[138]. La definizione di D.50,16,77 sarebbe la prova di come i giuristi romani abbiano applicato la concezione originaria dei frutti come «Erträgnisse» a nuovi «Genußobiekte»[139]. *Fructus*, però, almeno nella concezione dei giuristi classici, non avrebbe mai assunto il significato di «Erträgnisse aller Art». Tale risultato sarebbe dovuto alle manipolazioni dei compilatori giustinianei[140].

[130] F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI, 101-102 [=116-117].

[131] Per il F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI 102 n.a [=118 n. a], il ragionamento analogico troverebbe espressione nel *vicem fructuum* di D.22,1,34 e nel *pro fructibus* di D.22,1,36.

[132] L'affermazione è corrobarata in nota dall'*usurae vicem fructuum optinent* di D.22,1,34, che non sarebbe in aperta contraddizione con D.50,16,121, frammento che al contrario andrebbe riletto alla luce di D.6,1,62 pr.; F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI 103 n.b [=163 ss.] vedi altresì 102 n.a. [=118 n. a].

[133] F.K. VON SAVIGNY, *System* cit., VI 140 ss. [=163 ss.].

[134] G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1843, 20.

[135] G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., 21-22.

Sui 'frutti civili', il Göppert assume, infine, una posizione dichiaratamente critica, negando la correttezza dell'attrazione delle mercedi locative e degli interessi del danaro nel concetto di 'frutto'[141].

Come si vede, la tesi dominante a metà dell'800 privilegia un concetto naturalistico di 'frutto', negando che gli 'interessi' del danaro lo siano. Nell'Heimbach ciò è strettamente connesso ad una scelta dogmatica consapevole, fondata sulle fonti romane, ma non tesa ad esplicitare tutte le implicazioni conseguenti al collegamento di *fructus* con *reditus*. Nel Göppert, invece, si apre la questione storica di due concezioni successive nel tempo, l'una naturalistica per l'età classica, l'altra economico-sociale per l'età giustinianea.

A questa linea interpretativa pongono resistenza il WINDSCHEID ed il Dernburg. Il primo, nelle sue Pandette, individua tre accezioni di 'frutti'. a) Le «produzioni organiche di una cosa, nelle quali si manifesta il suo reddito, cioè l'utilità che la cosa somministra senza diminuzione della sua sostanza»; b) «quelle cose che una cosa somministra come reddito, anche quando esse non appartengono alle produzioni organiche»; c) «in senso lato, anche quel reddito non somministrato dalla cosa stessa, ma lucrato da essa per l'intermezzo d'un rapporto giuridico viene annoverato nei frutti»[142].

Nelle note alle prime due accezioni, il Windscheid segue in parte il lavoro

[136] H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht*, Halle 1869, 11 ss.

[137] H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., 21.

[138] H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., 21-22.

[139] H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., 33.

[140] H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., 35-37.

[141] «...darum übersah man nothwendig die wahren Grenzen, auf welche sich die Gleichheit ihrer juristischen Behandlung beschränkt», H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., 47.

[142] B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it. con note e riferimenti al dir.civ.it. FADDA-BENSA, I,2, Torino, § 144, 17-20.

del Göppert. Nelle note alla nozione di frutti civili, ricorda D.6,1,62 pr. e rispetto al rapporto dogmatico tra frutti e interessi riconosce che «usualmente dei fitti e degli interessi vien detto che essi non sono propriamente frutti, ma vengono riguardati come frutti» citando a conforto sia D.22,1,34 che D.50,16,121[143].

Il DERNBURG accentua maggiormente la nozione di 'frutto' come reddito del capitale: «Frutti, reddito, sono il prodotto normale di una cosa, o di un'altra parte costitutiva del patrimonio: capitale. L'economia umana deve necessariamente da una parte distinguere il capitale, o la sostanza del patrimonio, e dall'altra il frutto o reddito di esso. A questa distinzione si associa il diritto», citando a conforto D.50,16,77[144], testo che peraltro non menziona le *usurae*. Si viene a fissare una linea interpretativa che pur in sede di manuali di pandette si sovrappone alla concezione più rigorosa emergente dalle monografie in materia.

Non dovevano passare molti anni che un giurista polacco, formatosi alla scuola del Dernburg, diede la legittimazione teorica nell'àmbito giuridico alle spinte provenienti dalle teorie economiche. L'opera di LEO VON PETRAZYČKI[145], infatti, rappresenta un momento di svolta, spesso non adeguatamente messo in luce[146], che sviluppa la riflessione del Savigny, per la legittimazione nella scienza giuridica di un significato di 'frutto' come reddito del capitale. Tale operazione è il risultato di un fine lavoro interpretativo, che accentua modelli dogmatici presenti nelle fonti romane, ma ne è lettura fuorviante nei limiti in cui realizza una *reductio ad unitatem* di essi, appiantendone la complessità storica e dogmatica invece compresenti.

Il Petrazyčki accentua, infatti, il significato soggettivo di 'frutto', in relazione all'utilità della cosa. Solo se si guarda al problema da questa prospettiva sarà possibile cogliere il suo effettivo «*Grundbegriff*»[147]. Da questo punto di vista, secondo il Petrazyčki, non ci sono dubbi: le fonti tramanderebbero un significato di 'frutto' come «*Einkommen*» (reddito). In particolare, la critica che il Petrazyčki fa alla metafora della «cosa-madre» porta ad approfondire, in relazione alle *usurae*, il concetto di *reditus sortis/r. summae/r. pecuniae*. In realtà, secondo questo A., i giuristi romani non ragionerebbero in termini di derivazione del 'frutto' da una «cosa-madre», ma in termini di 'reddito' del «capitale»[148].

[143] B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* cit., I,2, 19-20 n. 9 e 10.

[144] Vd. a riguardo *Pandette I. 1 Parte generale*, trad.it. della 6° ed. 1884, di F. CICALA, Torino, 225 e n. 2.

[145] *Die Lehre vom Einkommen I. Grundbegriffe*, Berlin 1893; *II. Einkommenersatz*, Berlin 1895.

[146] Vd. ora sul giurista T. GIARO, *La 'Civilpolitik' di Petrazycki o dell'amore del sistema decentralizzato*, in *Index* 23, 1995, 97 ss.

[147] L. VON PETRAZYČKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., 12-13.

[148] L. VON PETRAZYČKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., 32; vd. altresì le precisazioni a p. 34; e soprattutto *II*, 179 «Vom Standpunkt dieses Einkommenbegriffes sind die Zinsen *fructus*» e «Man kann nicht so sicher, so regelmäßig und so für das Kapital gefahrlos Einkünfte von einer Fabrik, von einer Theater, von einem Miethhause, von einem Landgute gewinnen, wie von einer Geldsumme».

Ciò comporterebbe, per il Petrazyčki, la necessità di approfondire anche altri termini, oltre *fructus*, che possano interagire con il concetto di 'reddito', come *reditus* e *quaestus*[149].

IV. *Le grandi codificazioni europee*

1. *Il* Code Napoléon

È quello della codificazione francese un momento significativo per la storia dell'estensione del concetto di 'frutto' agli interessi del danaro, perché se da un lato la tradizione giuridica francese, come abbiamo visto per Domat e Pothier, continua a tramandare un concetto di 'frutto' sostanzialmente ancorata ai significati che gli stessi *Digesta* di Giustiniano avevano proiettato nelle epoche future, d'altro lato la fisiocrazia riflette criticamente su questi significati, proprio in relazione agli 'interessi' del danaro.

Dobbiamo al TURGOT (1727-1781), giurista, economista e uomo politico, la sostanziale paternità dell'art.584 del *Code Napoléon* del 1804 sui «fruits civils».

Per il TURGOT, che in materia fa propri argomenti già proposti dai giusnaturalisti laici, il prestito ad interessi è «un commercio... nel quale chi presta vende l'uso del suo danaro e chi prende a prestito lo acquista; esattamente come il proprietario di un terreno e il suo fittavolo vendono e acquistano, rispettivamente, l'uso del fondo affittato»[150].

Già il *Premier projet de Cambacérès* (9 agosto 1793) accentua la stretta correlazione tra esigibilità dei frutti civili e computo civile del tempo di concessione del godimento[151], ascrivendovi gli interessi delle somme esigibili, insieme alle mercedi locative e alle rendite[152].

La linea è tracciata e non subirà sostanziali modifiche nei progetti suc-

[149] L. VON PETRAZYČKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., 51 ss.; sul rapporto tra *usurae-fructus* e sul significato delle prime come 'frutto del capitale'; *II. Einkommenersatz* cit., 176 ss. e 270 ss.

[150] A.R.J. TURGOT, *Sulla formazione e la distribuzione della ricchezza*, trad.it. dell'ed. 1766, a cura di G. REBUFFA, Roma 1975, 82. Sull'influenza del pensiero del Turgot sul pensiero giuridico successivo, cfr. C.M. MAZZONI, *Frutti civili* cit., 19 ss. Sul Turgot e il suo rapporto con i primi fisiocratici vd. G. REBUFFA, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano 1974, 49 ss.; ID., *Introduzione*, in A.R.J. TURGOT, *op. ult. cit.*, 7-28; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 366-367; A. MAFFEY - M.A. ROMANI, *La fisiocrazia*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. FIRPO, IV. *L'età moderna*, Torino 1983 rist., 481-483.

[151] Livre II Des Biens, Titre II § 3 de l'Usufruit art. 15 «*Les fruits civils sont censés échoir jour par jour*»; A. FENET, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code Civil*, 1827, rist. Osnabrück, 1968, I, 41.

[152] art. 16 «*Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes*»; A. FENET, *Recueil* cit., I, 41.

cessivi[153], sino alla definitiva fissazione degli artt. 584[154] e 586[155] in materia di usufrutto.

D'altro lato la tipizzazione del *prêt à intérêt* (art.1905-1907)[156] a fronte del *prêt de consommation* (art.1892), che rende il mutuo di danaro un contratto oneroso[157], sembra evidenziare nei diversi progetti un graduale affrancamento dalla concezione tradizionale. Nel Primo Progetto Cambacérès sembra scorgersi, infatti, ancora un'incoerenza tra la valutazione degli interessi richiesti dal mutuante in termini di «suo profitto» (Livre III, art.10: *Le prêt à intérêt est celui par laquel le prêteur d'une chose qui se consomme par l'usage exige pour son profit une quantité plus forte que celle qu'il a donnée*») e la loro valutazione in termini di *fruits de la chose qu'il a prêtée* (art.11).

Nella Discussione del Codice si colgono bene le motivazioni ideologiche degli articoli in esame. Nella presentazione davanti al Corpo legislativo, il Galli cita espressamente Pufendorf contro la giustificazione dogmatica del divieto d'usura del diritto canonico, e l'Abate di Salerno Antonio Genovesi, docente di 'economia civile' nell'Ateneo napoletano[158], per giustificare «*l'intérêt comme une indemnité juste des bénéfices que le prêteur aurait pu tirer de son argent s'il s'en était réservé l'usage*»[159].

Per il Tribuno Albisson, gli articoli sul prestito ad interessi esprimono politicamente la «volontà nazionale». Ciò significherebbe che «*on convenait que l'argent est le signe des valeurs. On convenait encore que les valeurs peuvent être louées...*»[160].

La spinta economica della borghesia in Francia si salda teoricamente con la riflessione fisiocratica di uno dei suoi più eminenti rappresentanti, che perfeziona un'operazione complessa di critica al Domat e al Pothier sul punto specifico delle *usurae*, viste oramai come strumento economico ineliminabile per un fisiologico sviluppo economico

[153] Vd. per il Terzo Progetto Cambacérès 1796 gli artt. 434-435; in A. FENET, *Recueil* cit., I, 246; per il Progetto dell'anno VIII (1800), Livre II, Titre III, gli art. 8 e 10; non risultano osservazioni del Tribunale di Cassazione sull'articolo 10 [=586]; e sull'8 [=584] si fanno precisazioni soltanto sui «prix des baux à ferme» che devono essere considerati o frutti naturali o industriali; A. FENET, *Recueil* cit., II, 542. Sull'approvazione in assemblea degli articoli non c'è discussione A. FENET, *Recueil* cit., XI, 176.

[154] *Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes.*

[155] *Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour at appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit....*

[156] art. 1905: *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.* art. 1906: *L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'etaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital*; art.1907: *L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. ...*

[157] Vd a riguardo C.M. MAZZONI, *Frutti civili*, 4 ss.

[158] Sul Genovesi vd. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 123-124; 216-217.

[159] FENET, *Recueil* cit., XIV, 452-453.

[160] FENET, *Recueil* cit., XIV, 471.

2. *Dal* Codex Maximilianeus Bavaricus civilis *del 1756 al* Bürgerliches Gesetzbuch *tedesco del 1900*

Il differente influsso del diritto canonico sulla tradizione romano-germanica si salda con l'elaborazione di una ampia teoria del godimento che abbraccia anche la concessione d'uso del danaro come fonte di interessi.

Nel *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756, trattando dei modi d'acquisto della proprietà, si parla della *perceptio fructuum.* I frutti civili, nei quali rientrano gli interessi del danaro, si ricevono 'in occasione della cosa' (II, 3, 20). E nel § 21 si specifica che sebbene il danaro sia una cosa infrugifera, al creditore spettano interessi (nel limite del tasso del 5% annuo), sempre che vi sia una precisa causa, come un patto, la mora o una legge. È evidente la continuità ancora con la regola romana, mediata attraverso l'*usus modernus pandectarum*, senza una significativa influenza del pensiero giusnaturalistico laico[161].

Nell'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* [=ALR 1794] si segue la *Nutzungstheorie,* che investe in primo luogo il concetto di 'frutto' preso in esame nella parte sulle cose (I,9,220: *Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen, werden Früchte genannt* [Utilità di una cosa che nascono da essa stessa, in base al corso della natura, con o senza una susseguente lavorazione, sono chiamate frutti]). Essa assume rilevanza: indiretta in sede di interessi da mutuo in termini di corrispettivo dell'uso della somma di danaro prestata (I,11,803) nei quali si fa rientrare ogni 'vantaggio' (I,11, 810); e diretta in sede di usufrutto (arg. a contr. da I,21,29)[162].

Nell'ABGB austriaco del 1811, si parla di «Früchte und Nutzungen» in relazione all'acquisto dei frutti del possessore di buona fede. Si distingue nettamente il «Zuwachs durch Natur», condizione dell'acquisto al proprietario della cosa-madre dei frutti naturali (§§ 404-405). In materia di usufrutto si sancisce il diritto dell'usufruttuario al «sowohl gewönlichen als ungewönlichen Ertrag» (§ 511), accentuando quindi una nozione dei *commoda ex negotiatione* in termini di provento della cosa percepito non *propter rem*, ma per *occasio rei.*

In materia di interessi da mutuo, la tipizzazione di un *Zinsenvertrag*, non si accompagna originariamente con la concezione di una naturalità del debito degli interessi nel prestito di danaro, ma è prevista tutta una serie di condizioni formali per la sua liceità. Con una riforma del 1868 (G.RBI 1868 62§6), peraltro, si accoglie nel codice la normativa elaborata nei rapporti commerciali.

La 'Nutzungstheorie', propria della tradizione romano-germanica e la costruzione dogmatica realizzata nello svolgimento Savigny, Windscheid, Dernburg e Petrazyčki, segnano indelebilmente sia l'elaborazione degli interessi come frutti civili, sia l'interpetazione del § 100[163] e del terzo Abs. del

[161] Vd. in particolare gli autori citati nel commentario al codice; W.X.A. VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den CMBC*, München 1761, II, 544.

[162] Vd. a riguardo C.M. MAZZONI, *Frutti civili* cit., 42-44.

[163] «Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt».

§ 99 del BGB tedesco del '900[164], nel secondo titolo dell'*Allgemeiner Teil* sulle *Sachen*.

In questa impostazione affonda le radici l'attuale concezione dominante in Germania che presuppone, per l'esistenza di un debito degli interessi, un debito del capitale[165], collegamento strettamente connesso alla durata della concessione d'uso dello stesso.

3. *Il* Código civil *spagnolo, il* Code civil *e il* Code des obligations *svizzero*

Nel lungo processo di codificazione in Spagna, si colgono forti elementi di resistenza alle idee che abbiamo visto maturare fin dal '700 in alcune parti d'Europa.

Ragioni di ciò si rinvengono nel forte influsso del divieto canonico sull'usura[166]. Non è un caso, ad es., che nelle glosse di Gregorio Lopez (1555) a *Las siete Partidas* (1263), non si citino, per corroborare la gratuità del mutuo, le fonti romane, ma il *mutuum date nihil inde sperantes* (Part.V,tit.1,ley 1: gl."b: las otras cosas"). Ed ancora, rispetto al principio che il possessore di buona fede *fructos suos facit*, *Las siete Partidas* 3,28,39 e le glosse relative parlano solo di frutti naturali ed industriali[167].

Per quanto riguarda la nozione di 'frutti civili', l'art.355 del *Código civil* del 1889 non menziona gli interessi del danaro. Anche il *Proyecto* di García Goyena (1851), all'art. 398 includeva nei *frutos civiles*: «los alquileres de los edificios, los precios de los arrendamientos de tierra y los productos de las rentas perpetuas o vitalicias u otros análogos»[168].

Rispetto al mutuo, ancora nell'*Anteprojeto* al libro IV (1885-1888) agli artt.15,16 e 17 sul *préstamo (simple)* si faceva menzione rispetto agli interessi soltanto dell'irripetibilità di quelli pagati senza che fossero stati espressamente promessi. Nella discussione, Manuel Danvila Collado propose di ampliare gli articoli regolanti più concretamente il problema degli interessi, riuscendo a far inserire la regola della non esigibilità di essi salvo patto contrario (attuale art. 1755)[169].

Nel *Code civil* svizzero entrato in vigore nel 1912 nel libro IV sui diritti reali si menzionano solo i 'frutti naturali'[170]. Nel titolo sull'usufrutto, si trat-

[164] «Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt».

[165] Vd. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* I, München 1987[14], 180 ss. e n.183.

[166] Vd. ora in relazione alla riflessione della seconda scolastica spagnola B. Clavero, *Antidora* cit., 57 ss.

[167] Inesatta la citazione di questa Ley per fondare la tripartizione dei frutti naturali, industriali e civili in J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, con citas del derecho, notas y adiciones por el lic. J. Rodríguez de San Miguel, rist. ed. México 1837, 264 e n.3. Da notare, altresì, l'influsso del Turgot nelle voci "Interes del dinero", 333-337; "usura"; 703-705.

[168] Vd. peraltro già F. García Goyena, "Parte civil" in *Febrero, ó librería de Jueces...*, Madrid, 1847, I, n. 635, 168-169.

[169] A riguardo vd. J. F.Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil I*, 1970, 577.

[170] *Le propriétaire d'une chose l'est également des fruits naturels de celle-ci. / Ce fruits sont*

tano separatamente i frutti naturali (art. 756) e gli 'interessi dei capitali' (art. 757)[171]. Quest'ultimi, come gli altri 'redditi' periodici sono acquisiti in base al computo civile del tempo di durata del godimento.

Nel *Code des obligations*, entrato in vigore contemporaneamente al *Code civil*, in materia di *prêt de consommation*, si distingue a seconda che il prestito sia civile o commerciale. Nel primo caso gli interessi devono essere espressamente stipulati, mentre nel secondo sono dovuti anche senza una convenzione tra le parti (art. 313)[172].

Emerge, quindi, una diversa scelta di regole e anche di angolature da cui guardare al problema, negli stessi ordinamenti dell'Europa continentale afferenti al sistema giuridico romanistico, diversità e peculiarità storicamente condizionate dall'interpretazione del diritto romano concretamente determinatesi in questi paesi.

4. *Dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942 in Italia*

L'art.444 del Codice civile italiano del 1865, dopo aver giustificato l'acquisto dei frutti al proprietario in termini di diritto d'accessione, distingueva tra i frutti naturali («che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o non vi concorra l'industria dell'uomo...») e quelli civili. Questi ultimi sarebbero quelli «che si ottengono per occasione dalla cosa, come gli interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizi ed ogni altra rendita. I fitti e le pigioni dei fondi appartengono alla classe dei frutti civili».

L'accentuazione dell'elemento occasionale, rende in modo plastico l'ontologica diversità tra le due classi di 'frutti', sottolineata a contrario dalla provenienza 'diretta' di quelli naturali dalla cosa, che echeggia l'*ex corpore* muciano. Il codificatore italiano sembra, poi, qui svilire il momento della periodicità e dello stretto collegamento tra 'maturazione' di essi e decorso del tempo secondo il computo civile.

Rispetto al prestito di danaro ad interessi, poi, l'art. 1829 dispone espressamente la necessaria stipulazione degli interessi[173].

Al contrario, invece, nel codice civile del 1942, nel I titolo ("Dei beni in generale") del III libro "Della proprietà", se nell'art. 820 rispetto ai frutti naturali non emergono differenze significative, in relazione ai frutti civili si codifica la regola romano-germanica della *Nutzungstheorie*. In particolare si afferma che «sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia...», dato rafforzato coerente-

les produits périodiques et tout ce que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination. / Les fruits naturels font partie intégrante de la chose jusqu'à leur separation.

[171] *Les intérêts des capitaux soumis à l'usufruit et les autres revenus périodiques sont acquis à l'usufruitier du jour où son droit commence jusqu'à celui où il prend fin, même s'ils ne sont exigibles.*

[172] *En matière civile, le preteur ne peut réclamer des intèrêts que s'ils ont été stipulés. / En matière de commerce, il en est dû même sans convention.*

[173] «È permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo di danaro, di derrate e di altre cose mobili...»

mente con la stretta correlazione col fattore tempo di questo godimento (art.821: «I frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto»). Nella Relazione della Commissione Reale si specifica che «invero il frutto è il provento economico della cosa, del cui valore perciò costituisce un elemento integrante» ed ancora che «per la nozione di frutto sono i criteri economici e gli usi sociali quelli che fan considerare una cosa prodotto di un'altra.». In questa prospettiva, non c'è dubbio che la distinzione tra frutti naturali e civili perde molta della sua precisa valenza, la quale viene però conservata nominalmente nel Codice «sulla traccia di una secolare dottrina»[174]. Nella Relazione al Re si precisa che mentre per i frutti naturali la nozione coincide con quella del Codice del 1865, riguardo ai frutti civili con la nuova formula si è voluto porre «in luce il rapporto giuridico di cui la cosa è oggetto, come quello attraverso il quale la cosa diviene fonte di reddito economico».[175]

Lo stesso spostamento da un àmbito relativo alla prospettiva dinamica dell'acquisto del bene (sia questo inserito nel diritto d'usufrutto come nel CN; sia questo visto meno rigorosamente come accessione al diritto di proprietà come nel Cod. civ. del 1865), ad un'angolatura statica, quella dei beni in genrale, rafforza l'ipostasi insita nella metafora degli interessi come frutti civili, favorendone l'espansione entro tutti gli istituti nei quali abbia rilevanza la nozione di 'frutto'.

Anche rispetto al contratto di mutuo si coglie una modificazione che svela la visione sottesa della somma di danaro vista come capitale produttivo di reddito, fissando, salvo diversa volontà, tra le obbligazioni tipiche del mutuatario, anche quella di corrispondere gli interessi al mutuante (art. 1815).

Il potenziale dogmatico insito nel codice civile del 1942 ha condizionato le riflessioni dei giuristi italiani in materia, in un rinnovamento che mai rinuncia alla tradizione cui è partecipe[176], ma semmai concretizza ciò che potenzialmente queste aperture concettuali permettono rispetto a nuove forme di reddito. In particolare viene colto ed approfondito in chiave espansiva il ricorso al concetto di frutti civili, che diviene, in un sistema economico nel quale il danaro è bene-valore e non bene corporale[177], categoria fondamentale nell'ambito dei redditi dell'impresa[178]. Tutto ciò senza che rimangano celati i presupposti ideologici di questa operazione dogmatica storicamente contestualizzabile e svelata[179].

[174] G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile Libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano 1941, 55.

[175] G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile* cit., 55.

[176] Si veda, a titolo d'esempio, in materia di interessi, l'interpretazione coerente al sistema e le precisazioni puntuali sul piano dogmatico di O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli 1984, 25 ss.

[177] Vd. a riguardo la messa a punto di E. QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano 1979, I, 117 ss.

[178] Fondamentale, P. BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano 1970, 65 ss., che attento al profilo dogmatico, mai rinuncia a coglierne le conseguenze sul piano della disciplina giuridica applicabile in materia di usufrutto o di restituzione processuale.

V. *I codici latinoamericani*

Nel sistema giuridico latinoamericano si colgono alcuni filoni non sempre riconducibili ad un influsso del diritto europeo. Anzi, talvolta si evidenziano sviluppi autonomi che pongono questo sistema in una posizione specifica all'interno del sistema giuridico romanistico.

Da un lato il Codice civile cileno del 1857, realizzato da Andrés Bello. Esso segue la linea di inglobare i frutti nell'accessione alla proprietà, seguendo in questo Pothier[180]. Rispetto ai 'frutti civili' vi rientrano sia le pensioni locative sia gli interessi delle somme capitali esigibili (art. 647)[181]. Al contrario, BELLO, nelle *Instituciones de derecho romano*, aveva riconosciuto nei 'frutti' «las utilidades producidas por alguna cosa, sea que provengan de su misura sustancía, u ocasión de ella» e individuava tre specie di 'frutti civili' senza menzionare gli interessi del danaro: «los obras serviles y lo que se da a los siervos por consideración al fructario; los emolumentos de las acciones que se intentan a nombre de la cosa fructuaria; y los de la venta o arriendo de ella»[182].

L'originario 2199, coerente d'altronde alla definizione del mutuo data all'art. 2196, sanciva la sua gratuità salvo patto contrario[183]. Esso è stato derogato dall'art. 25 del D.L. 455/74. La materia è regolata ora dalla Ley 18.010 del 1981, dove all'art.12[184] si ribalta la presunzione *iuris tantum* di gratuità a favore di una presunzione uguale e contraria di onerosità, sviluppando il diverso principio codificato nel *Código de commercio* (art.798-799)[185].

In Brasile, Augusto TEXEIRA DE FREITAS elabora una costruzione nuova

[179] A riguardo vd. C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale* cit., 1 ss.

[180] Cc.chil.1857 «La accesión es un modo de adquirir por el qual el dueño de una cosa pase a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles»; Bello cita espressamente Pothier.

[181] «Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamientos o censo, y los intereses de capitales exigibles».

[182] A. BELLO, *Instituciones de derecho romano*, ed. Santiago 1849, in *Obras Completas* XVII, 53; 62-63. D'altronde nelle *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* di J.M. ÁLVAREZ, (ed. facs. de la reimpresión mexicana de 1826, México 1982), II, 50-51, si individuano le seguenti classi di accessione: *natural* e, *artificial* e *mista* nelle quali rientrano sia i frutti naturali che industriali, ma non si menzionano ipotesi di frutti civili.

[183] Vd. sul mutuo nel Código chil., H.P. BENÖHR, *Atteggiamenti sociali nel diritto contrattuale del cód. civil*, in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Congreso Internacional dic. 1981, Caracas (1987), 440-441.

[184] «La gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre e capital...».

[185] «798: La gratuidad no se presume en los préstamos mercantiles, y estos ganarán intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario»; art.799: «La estipulación de intereses... deberà celebrarse por escrito, y sin esta circunstancia será ineficaz en juicio».

nell'opera che più delle altre evidenzia un'impronta di originalità rispetto vuoi alla tradizione romanoiberico-lusitana, vuoi al codice Bello[186].

Nell'*Esboço* (1864) si fissano in modo dettagliato forme diverse di reddito in relazione alla concessione d'uso del capitale. In particolare rientrano nei *frutos civis* le «rendite della terra», in particolare le pensioni percepite in base alla locazione; le rendite derivanti dalla locazione di capitali fissi, come i fondi rustici e urbani; i redditi percepiti dalla locazione di capitali circolanti tra cui quelli in danaro; i prodotti dei capitali fissi e circolanti senza il concorso del suolo come mezzo di produzione, in particolare il lucro dell'industria e del commercio; e infine i salari derivanti dal lavoro[187].

Emerge chiaramente una linea interpretativa che privilegia la lettura dinamica del frutto come reddito del capitale, prospettiva che trova conferma nell'uso del concetto di 'prodotti'del capitale (sia fisso che circolante)[188].

Il dato è altresì confermato in materia di mutuo, dove gli interessi sono dovuti, in base ad espressa stipulazione (art. 2219), solo in quanto retribuzione dell'uso del capitale produttivo.

Nel Cod. civ. brasiliano del 1916 non si trova, invece, una espressa definizione dei frutti, e si menziona quella dei frutti civili, dandola per presupposta, in materia di acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede (art. 512).

Nel Pontes de Miranda, peraltro, si coglie un ripensamento della concezione emersa nella pandettistica attraverso le fonti romane, ed in particolare quella del frutto come reddito. In particolare si evidenzia, rispetto ai *frutos civis,* la loro originaria esclusione dai 'frutti' e la loro successiva astrazione dogmatica che sgancia la categoria dalle relazioni giuridiche nelle quali essa era emersa[189]. La giustificazione di questa categoria viene trovata proprio in D.6,1,62 pr. e D.22,1,34, mentre D.50,16,121 viene interpretato secondo la linea bonfantiana sopra segnalata. Bisogna peraltro riconoscere che la riflessione di questo autore viene necessariamente sacrificata in un

[186] Vd. J.C. Moreira Alves, *A formação romanística de Texeira de Freitas e seu espírito inovador,* AA.VV., *Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padova 1988, 17 ss., in particolare 29 ss. Nella *Consolidação das leis civis* del 1858 (cito dalla terza edizione del 1896, Rio de Janeiro), i frutti civili sono le «rendas de qualquer cousa» (art. 45 n. 4, p. 46).

[187] art. 373: «1° As rendas da terra, a saber, foros e pensões de arrendamiento; 2° as rendas da locação dos capitais fixos, a saber, pensões de arrendamiento e alugueres dos prédios rústicos e urbanos; 3° as rendas da locação dos capitais circulantes, a saber, alugueres de bens móveis e semoventes, rendas perpétuas e vitalícias, juros ou prêmios de quantias exigíveis; 4° Os produtos dos capitais fixos e circulantes sem o concurso do solo como instrumento de produção, a saber, lucros da indústria fabril e do comércio; 5° os salarios e honorários do trabalho...».

[188] Nella nota relativa A. Texeira de Freitas considera equivalenti i due concetti, l'uno giuridico 'frutti', l'altro economico 'prodotti' e cita espressamente uno studio dell'economista Rossi. È, peraltro, l'*Esboço do Código civil* espressione della tendenza del Texeira de Freitas ad includere in un unico codice anche le particolari regole maturate nel diritto mercantile, vd. a riguardo, O. de Carvalho, *Texeira de Freitas e a unificação do direito privado*, in *A.T. de Freitas e il diritto latinoamericano* cit., 101 ss.; 125 ss.

[189] Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*. Parte geral II *Bens. Fatos jurídicos*, Sao Paulo 1983[4], 75 ss., e 83; 84 ss.

contesto sintetico, perché offre indubbiamente numerosi spunti di ripensamento e di lettura d'insieme delle stesse fonti romane.

Il Cod. civ. argentino (1871) realizzato da Dalmacio Vélez Sarsfield nell'art.2426 sembra, invece, preferire una linea di lettura meno influenzata dalle nuove dottrine economiche[190], ma pur sempre vicina alla tradizione romano-germanica, più che a quella romano-iberica. In particolare, codificando la tripartizione tra frutti naturali, industriali e civili, considera i primi «las producciones espontáneas de la naturaleza», mentre gli ultimi «las rentas que la cosas producen». Nelle *Notas* al Código, il Sarsfield coglie l'elemento distintivo di questa classe di frutti nell'essere il corrispettivo del godimento concesso sulla cosa[191]. Mi sembra da sottolineare l'assenza in materia di un richiamo ad una fonte romana.

Riguardo al mutuo (artt. 2242; 2245; 2250) si coglie una diretta influenza degli articoli dell'*Esboço* di Texeira de Freitas.

Nel Progetto E. Acevedo del Cod. civ. Uruguay (1852), all'art. 844 si parla di frutti industriali e civili, rimandando alla n. 3 a *Las siete Partidas* III, 28,25, *Ley* questa relativa però al solo *fetus pecudum*. Lo stesso progetto all'art. 631 co. 3 parla di «*reditos del dineiro*» e all'art. 633 richiama la relazione di essi col tempo («dia por dia»).

Nel Cod. civ. messicano federale D.F. (1884) si accentuano (art. 893) le cause fondanti i redditi di capitali, in particolare il contratto, il testamento e la legge. Rispetto al mutuo la presunzione è di gratuità, salvo la liceità di stipulare interessi (artt. 2384; 2393). Nel Cod. di commercio (1889) il patto di interessi deve essere calato in un atto scritto.

Il Cod. civ. della Bolivia (1831) artt. 292-293; 1264, così come quello del Perù (1852) art. 1087, di El salvador (1859) art. 628 e del Guatemala (1877) art. 587 non presentano differenze rilevanti.

È interessante notare come in questo caso, che più direttamente coinvolge l'elaborazione di concetti giuridici idonei a sostenere uno sviluppo economico di stampo capitalistico, i codici latinomericani e loro progetti, in particolare quelli realizzati dai padri fondatori del diritto latinoamericano (Bello, T.de Freitas e Vélez Sarsfield), non sembrano recuperare una concezione dogmatica più vicina a quella romana, all'interno di posizioni diverse, che vanno dal maggior tradizionalismo di Vélez, alla forte dinamicità impressa in materia dal progetto di T.de Freitas. Potrebbe, allora, vedersi confermata una consapevole presa di posizione, da parte di questi giuristi all'interno del procedimento di scelta delle regole giuridiche da codificare, relativa alle conseguenze economiche di esse ed alla loro funzionalità per la regolamentazione di mercati nazionali improntati al liberismo. Questa consapevolezza, peraltro, li porta a seguire strade autonome rispetto alle vie contemporaneamente percorse in Europa.

[190] Si è peraltro individuata una diretta influenza delle teorie economiche liberali su D. Vélez Sarsfield, proprio in materia di interessi; A. Levaggi, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, 1982, 33.

[191] «Son cosas accesorias como frutos civiles los que provienen del uso o del goce de la cosa que se ha concedido a otro, y también los que provienen de la privación del uso de la cosa».

VI. *Conclusioni*

Quelli degli interessi come 'reddito' sostitutivo per la concessione dell'uso del capitale monetario e del frutto come 'reddito' del capitale sono momenti importanti della riflessione alla quale attinge la moderna concezione degli 'interessi' del danaro come frutti civili, in un sistema economico fondato oramai sul capitale finanziario.

Non è questo però il luogo di sintesi inutili. Mi pongo la questione se possa spendersi ancora qualche parola sul diritto contemporaneo. In particolare sul significato e la portata di questa operazione interpretativa che utilizza la metafora degli interessi del danaro come frutti (civili).

A ben guardare, infatti, essa non si è limitata a realizzare un'operazione sistematica, ma ha comportato conseguenze significative nell'àmbito della disciplina applicabile, perché ha esteso fortemente le regole giuridiche proprie del diritto dei frutti. In particolare, rispetto ai diritti dell'usufruttuario e agli obblighi di restituzione processuale (ad es. artt. 984 e 1148 in relazione a 821, 3° co. Cod. civ. it.). Ma, cosa più importante, l'equiparazione sul piano degli effetti della concessione d'uso anche di cose giuridicamente consumabili (il danaro) rispetto a quelle inconsumabili, con la assimilazione riflessa degli interessi della somma data ai canoni locativi, in quanto entrambi corrispettivi di una concessione d'uso. Hanno concorso, ed oggi concorrono ancor di più, fattori di sviluppo economico che hanno fatto del capitale finanziario il motore (ma allo stesso tempo il punto debole) dell'economia mondiale.

La ricostruzione del contesto storico della maturazione della nozione moderna degli interessi come frutti civili, però, ne svela la carica ideologica sottesa, e la natura metaforica che essa esprime, dove la somma di danaro incarnerebbe la cosa-madre, e gli interessi -in realtà fondati su un preciso rapporto giuridico, sia questo autonomo o incardinato in un'operazione di credito – i 'frutti' che da questa 'nascono'. La forma del 'reddito' del capitale sta dietro una sussunzione dogmatica che ha precise conseguenze sul piano delle regole giuridiche applicabili.

È quindi sicuramente corretto un approccio metodologico al problema degli interessi teso ad individuare con precisione le cause giuridiche che ne legittimino in concreto il debito, all'interno dei diversi istituti giuridici interessati, rifiutando invece un loro generale riconoscimento in tutti gli istituti dove assume rilevanza la nozione di 'frutto', in base alla metafora 'naturalistica' che la sussunzione in questo inevitabilmente induce.

SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO
E DIRITTO CINESE

DOCUMENTI

INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

PAGINE SCELTE

NOTIZIE DEL CENTRO

MUCCHI EDITORE
VIA EMILIA EST 1527, 41100 MODENA - FAX (39-59) 282628; TEL. (39-59) 374094; C/CP. N. 11051414